

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

María Yolanda ÁLVAREZ ÁLVAREZ*
Luz María RESTREPO MEJÍA*

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que los principios generales del derecho son fuentes formales y materiales del sistema jurídico, con frecuencia se debate su naturaleza, sentido y alcance.

Un primer escollo es la denominación del concepto, el que ha sufrido transformaciones en textos legales y doctrinarios, a saber: reglas generales del derecho, espíritu general de la legislación, principios del derecho natural.¹

Pero la dificultad mayor obedece a que el concepto imbrica la posición filosófica del expositor, enmarcada ya en el iusnaturalismo, ya en el iuspositivismo, ya en tendencias de acercamiento entre estas dos vertientes otrora antagónicas (Recasens

* Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

1 Así por ejemplo la Ley 153 de 1.887 en el artículo 4 habla de «los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia» como criterios hermenéuticos, y en el artículo 8 se refiere a «las reglas generales del derecho» como fuentes integradoras; a su vez el artículo 32 del Código Civil, menciona la función interpretativa del «espíritu general de la legislación».

Siches, Hart, Viehweg, Alexy, entre otros). Así pues, la filosofía del exponente es vital para lograr la inteligencia del concepto.

A partir de una perspectiva intermedia, trataremos de desentrañar qué es un principio, qué debe entenderse por general, y por qué el calificativo «del derecho».

1. NOCIÓN DE PRINCIPIO

Es aceptado ampliamente que los Principios son normas¹ jurídicas que involucran un valor; o si se quiere, son valores formulados deónticamente, bajo proposiciones jurídicas que, como tales, implican un deber ser.

En su trabajo «Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho», Hernán Valencia Restrepo² afirma:

«Que el derecho sea un valor halla su fundamento y razón de ser en que el hombre, sujeto y destinatario de aquel, es un animal estimativo, axiológico o valorativo (animal axiologicum) por naturaleza, capaz por ende de conocer los valores, de creer en ellos y de acatarlos en todas las dimensiones humanas, una de las cuales -y no ciertamente la menos importante- es la jurídica.»

«De consiguiente, cualquier norma jurídica presupone de manera, ya expresa, ya tácita, un valor, en que ella se funda y por ella debe realizarse. Y pues los principios son normas, como estas también ellos tienen carácter axiológico».

La discrepancia doctrinaria se presenta respecto a cuál debe ser el peso específico que tiene el valor mismo dentro de la aplicación del principio y cuál el método que debe emplearse para llegar a conocerlo como norma jurídica; la respuesta a estas cuestiones depende de la posición filosófica que se adopte.

Desde una perspectiva iusnaturalista la estimación axiológica es factor ineludible en la aplicación del principio que lo contiene; e incluso, tal estimación, permite llegar a conocer el principio por intuición.

Otra mirada es la del iuspositivismo, para el cual la estimación del valor es algo que no debe tenerse en cuenta en la aplicación de la norma, ni tiene trascendencia para acceder al conocimiento del principio como norma jurídica.

1 DWORKIN, Ronald distingue y hasta opone «normas y principios», entre otras obras en *Los Derechos en Serlo*; trad. de Marta Guastavino. Editorial Ariel S.A., Barcelona España, 1.989.

2 VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1993, pgs. 253, 254.

Al respecto, Robert Alexy^{2bis}, sostiene que si bien se presenta el binomio principio - valor, lo importante es determinar si su estudio se aborda dentro del marco de una teoría de los principios o dentro de una axiología de los principios, optando por la primera:

«entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural [...] Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores, y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio si dice que es bueno o malo, o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico.»

«Así, pues, todos los problemas de una axiología pueden ser analizados dentro del marco de una teoría de los principios y viceversa. Dentro del marco de una teoría del sistema jurídico la teoría de los principios es preferible ya que en ella se expresa directamente el carácter de deber ser del derecho. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio no da motivo a suposiciones tan problemáticas como el de valor. Una de las suposiciones problemáticas es la concepción, frecuentemente vinculada con el concepto de un orden objetivo de valores, de un 'ser de los valores', tal como fue sostenida por ejemplo por Max Scheler³. La teoría de los principios renuncia a este tipo de tesis ontológicas como así también a la dudosa aseveración epistemológica de una facultad específica para la intuición de los valores. Los principios son normas que bien valen o no valen. El problema de su conocimiento es un problema de conocimiento de las normas; el de su aplicación un problema de aplicación de las normas.»

De lo anterior podemos concluir que:

a) Los principios son valores, no formulados axiológicamente (por ejemplo, es bueno o malo, mejor o peor que el hombre sea libre) sino como proposiciones deónticas (v.gr. el hombre debe ser libre).

2bis Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Ed. Gedisa, colección estudios alemanes, Barcelona, España, 1.994, pgs. 164 y 165.

3 M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5a. edición, Berna Munich, 1.966, pg. 195, citado por el autor.

b) La función del valor contenido en el principio, depende de la posición filosófica asumida.

c) El estudio y la aplicación de los principios, en concepto de Alexy, deben ser abordados desde una teoría jurídica y no desde una perspectiva axiológica, por ser ellos verdaderas normas jurídicas.

2. POR QUÉ LOS PRINCIPIOS SON «GENERALES»

Los Principios son generales en cuanto se concretan en formulaciones específicas que tienen aplicación en el sistema jurídico. No puede entonces confundirse lo general con lo abstracto; son generales porque pueden aplicarse en campos más o menos extensos del mundo jurídico.

Existen unos principios más generales que otros, dado que algunos se concretan en formulaciones jurídicas cuyo núcleo irradia o da contenido a otras normas jurídicas que lo sustentan. Así, el principio primero de la dignidad humana (artículo 1 de la Carta Política), tiene expansión en el de la libertad y la igualdad jurídicas (artículo 13 de la C.P.), que a su turno se materializa en proposiciones más precisas, entre muchas otras de rango subordinado, como la libertad contractual (artículo 333 de la Carta), la de expresar las opiniones (artículo 20 idem) o la igualdad entre los miembros de la pareja (artículo 42).

La secuencia de los principios más generales a los más específicos, lleva a que la violación de un principio general, pueda desencadenar la transgresión de los principios singulares que de él derivan, y viceversa.

Para el examen de la generalidad es preciso diferenciar entre principio y regla⁴; el primero contiene un valor general que, en el lenguaje de Alexy⁵, constituye un «mandato de optimización», aplicable por el operador jurídico mediante el proceso de ponderación, a fin de procurar su máximo de optimización o cumplimiento; mientras que la segunda es una proposición jurídica concreta, un «mandato definitivo» que ordena o prohíbe una conducta específica, para cuya aplicación se utiliza el mecanismo de la subsunción de la conducta en el supuesto de la norma, con objeto de establecer si ésta se cumplió o no en el caso particular.

4 Desde la época del Derecho Romano Paulo había definido la Regla como «Una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes...», según cita traída por Valencia Restrepo, op. cit. pg. 107.

5 Op. cit. pg. 162.

Los principios entre sí no son contradictorios o incongruentes, fenómeno que sí puede presentarse entre las reglas que los concretan o en la aplicación que de ellos se haga. Pero ni aun en estos eventos, el conflicto entre la aplicación de un principio general y otro tiene poder derogatorio, no los excluye del ordenamiento jurídico; lo que indica es que en el caso específico uno de ellos prevalece, suspende la aplicabilidad del otro.

3. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «DEL DERECHO»

Son principios «del derecho» porque aluden a normas jurídicas relativas a la estructura y forma de organización del Estado; a su sistema económico y a los valores fundamentales que deben observarse para lograr la convivencia pacífica y el funcionamiento del Estado mismo.⁶

Por tanto no todos los valores sociales son objeto de materialización en principios generales del derecho; pues muchos de ellos escapan al ámbito del interés jurídico, tales como la belleza en la obra artística o el equilibrio en la composición arquitectónica.

Algunos principios generales, sin embargo, se comportan como ideales filosófico políticos, que si bien son normas jurídicas, no dan lugar a demandar su cumplimiento, como sucede con los principios contenidos en los «derechos de tercera generación», como el derecho a la paz (artículo 22 de la C.P. de 1991).

Aclarado el concepto de principios generales del derecho,⁷ exponemos el propósito del presente trabajo, cual es esquematizar la estructura operativa de los principios jurídicos en el campo de la contratación privada nacional, destacando su rango jerárquico, o cuando menos, su conexión o interrelación.

Tomaremos como punto inicial los principios generales que, vertidos en la Constitución Nacional, sirven de fundamento a la contratación privada. A continuación describiremos los principios positivizados en el código civil y en el código de comercio, rectores de las relaciones contractuales del derecho pri-

6 En el artículo 1o. de la Carta Política de 1.991, se sintetizan estos ideales del Estado Colombiano.

7 Consúltese la obra del profesor Valencia Restrepo, mayor investigación sobre el tema, en lengua castellana.

vado, para culminar finalmente con el estudio de los propios del contrato mercantil.⁸

El análisis de los textos legales será complementado con las proposiciones del derecho actual formuladas por la jurisprudencia y por la doctrina.

Cabe advertir que la ordenación propuesta no puede considerarse como algo rígido, puesto que un principio general del derecho, consagrado en una determinada disciplina jurídica, bien puede aplicarse o ser rector en otra diferente.

A primera vista, el intento de estratificación presenta algunos obstáculos, por las siguientes razones:

- Los principios generales del derecho no están acabados o dichos, sino que están contenidos en un conjunto de prescripciones normativas, que se enriquece día a día con la formulación que de ellos se hace por vía legal, jurisprudencial y doctrinaria. Desde este ángulo el conjunto de principios generales no forma un sistema formal de tipo cerrado o completo, sino abierto.

- Las concreciones de los principios generales a través de leyes, sentencias o máximas jurídicas, varían según el lugar y la época.

- Entre las proposiciones jurídicas que contienen los principios generales, se pueden encontrar soluciones antinómicas o contradictorias. A manera de ilustración, si bien el principio de que «Nadie puede alegar su propio fraude en su favor» tiene operancia en nuestro medio, el artículo 2 de la Ley 50 de 1.936, legitima para instaurar la acción de nulidad absoluta a cualquier persona que tenga interés en ello, aún cuando sea la parte que a sabiendas ha dado lugar a la causal de nulidad.

Puede ocurrir igualmente que la aplicación de una ley consagratória de un principio general, induzca al desconocimiento de otro principio general. Por ejemplo cuando el juez acatando el principio de legalidad, dicta una sentencia injusta.

- En la aplicación concreta de los principios a los casos particulares, puede presentarse colisión entre ellos, lo que implica una labor de ponderación a fin de dar prevalencia, en el caso sub iudice, a uno de ellos.

8 Esta relación de rango posibilita subsumir la estipulación contractual en el Principio General fundante; subsumir también un Principio especial para ciertos tipos contractuales dentro de otro Principio de la contratación en general. Todo sin perder de vista que a medida que la norma legal se va especializando, el Principio de Derecho va decreciendo en su generalidad.

Estos factores dan cuenta de que los principios son derecho vivo, cuya aplicación es problemática o heurística, lo que no impide intentar sistematizarlos teniendo como guía la unidad que entre ellos subyace, superando de este modo la multiplicidad aparentemente dispersa que presenta la simple enumeración de los mismos.

Así entendido, el conjunto de principios generales será el rasero para comprender la compatibilidad de la producción jurídica, trascender las particularidades de la ley y suplir sus vacíos o deficiencias.

Siendo indispensable a los juristas y a los operadores jurídicos, ser conscientes de la fundamentación interna de sus tesis doctrinarias o de sus decisiones y procurar que no sean incongruentes entre sí, la mejor herramienta para lograrlo es emprender el estudio de los principios generales del derecho teniendo como norte la conexión que los asiste.

También al ciudadano común, y especialmente al comerciante, el conocimiento de los principios generales de la contratación privada, le permitirá un mejor desarrollo de su actividad cotidiana y de su práctica mercantil.

Con este ensayo esperamos contribuir a la hermenéutica de los principios generales de la contratación privada, es decir, a una comprensión más amplia de su significado y alcance.

PRIMERA PARTE

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA CONTRATACIÓN

1. EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El derecho a la personalidad jurídica es el más envolvente, pues todos los principios generales del derecho y todos los derechos lo presuponen.

La dignidad humana, máximo valor que debe procurar el Estado, consagrado en el artículo 1o. de la Carta Política de 1.991, no podría lograrse si los súbditos no tuvieran la calidad de personas, es decir, de sujetos destinatarios de las normas jurídicas y titulares de derechos y prerrogativas.

Sin personalidad jurídica sería inconcebible el concepto de derecho, ya que el ordenamiento se dirige a regular las conductas de los sujetos, como centros de imputación de las normas jurídicas. Por ende, sería imposible la contratación, como fuente de derechos y de obligaciones para las partes del negocio: «Cuando yo concluyo un contrato con otro y dejo que valga tanto su voluntad como la mía, reconozco que tanto él como yo somos personas».¹

Así entonces, para el estudio de los principios generales de la contratación privada hemos de partir del postulado establecido en el artículo 14 de la Constitución Política: «Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.»

1.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS NATURALES

El artículo 14 de la Constitución Política indica que la legislación no crea la calidad de sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico, sino que se limita a reconocer su existencia; la calidad de persona es inmanente al hombre, y el derecho la concreta en atributos tales como la capacidad de goce, el nombre, el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio.

En sentencia del 28 de Octubre de 1.993², refiriéndose a este principio, puntualizó la Corte Constitucional:

1 LARENZ, Karl. Fundamentos de ética Jurídica. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1.985, pg. 64.

2 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-486/93.

«Es necesario que a los seres humanos se les reconozca la cualidad de personalidad jurídica en su sentido jurídico-político, es decir, que el primer derecho de todo hombre es el derecho que le define el estatus de persona jurídica, como lo considera Karl Larenz: 'la condición de persona es la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivientes...»

«El estudio del concepto de persona en la ciencia del derecho civil y en la ciencia del derecho natural, nos permite advertir que el concepto jurídico de persona es el más abarcante de los conceptos jurídicos, por ser, precisamente, el fundamento de toda la realidad jurídica.»

«...el alcance del reconocimiento de la personalidad jurídica formulado en el artículo 14 de la C.P., no se extiende más allá de la persona natural y se funda en el valor trascendente de su dignidad y en ser ella la razón última y la clave central de todo el ordenamiento que a partir de la Constitución se establece... el acto de reconocimiento atestigua que la personalidad es un atributo congénito a la persona, que precede al mismo ordenamiento que se limita a declararlo.»

Desde antes de la vigencia de la Carta Política de 1.991 nuestro Código Civil, en el artículo 74 había declarado: «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición».

No obstante coincidir esta norma con la constitucional expresada en el artículo 14 de la Carta Política, éste marca un avance en nuestro sistema jurídico, toda vez que erradica de manera definitiva la idea de que la personalidad jurídica del ser humano es una concesión legal, contingente y derogable. La Carta Política enfatiza que la personalidad jurídica del ser humano es un valor prejurídico, puesto que cualquier hombre, por el hecho de serlo, ha de gozar de atributos y derechos, con independencia del tipo de régimen jurídico que lo cobije.

1.2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE OTROS ENTES

No solo los individuos de la especie humana tienen capacidad para ser titulares de derechos y de obligaciones; la ley puede de manera autónoma determinar a qué tipo de agrupaciones, de divisiones territoriales, de funciones o de propósitos, les confiere (no les reconoce, como en el caso de las personas naturales), personalidad jurídica.

Es asunto legal y de técnica administrativa, determinar a cuáles entidades, ya sean asociativas, territoriales, descentralizadas por servicios, o encaminadas a ser-

vir a un propósito loable o altruista, se les otorga personalidad jurídica, y de una capacidad especial para ser titulares autónomos de derechos y de obligaciones.

En la referida sentencia afirmó la Corte Constitucional: «La regulación del proceso de formación y reconocimiento de la personalidad jurídica de entes, organizaciones y patrimonios, es función propia del legislador».

En el ámbito de la contratación, muchas empresas resultan difíciles o imposibles de realizar para los individuos aisladamente considerados; razón por la cual se congregan en agrupaciones que gozan del favor legal, originadas en el derecho fundamental a la asociación. (Art. 38 C.P.).

En el campo mercantil los sujetos pueden desarrollar actividades comerciales individualmente, agrupados en sociedades comerciales, o mediante empresas unipersonales con personería propia.

Sea cualquiera la forma que se adopte, para que el ente mercantil obtenga personería requiere cumplir la tipicidad de la forma contractual prevista en la ley y observar los requisitos formales de escritura pública y registro. La constitución de estas personas es un negocio jurídico solemne, cuya omisión impide el otorgamiento de la personería, tal el caso de la sociedad de hecho (Art. 498 C.de Co.) que como bien lo indica su propia denominación no existe en el derecho; por consiguiente, los derechos que se adquieren y las obligaciones que se contraen para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídos a favor o a cargo de todos los socios de hecho. (Art. 499 C. de Co.).

1.3. CAPACIDAD DE GOCE

La personalidad jurídica confiere al sujeto una capacidad especial que le posibilita ser titular de derechos y de obligaciones, llamada *capacidad de goce*, que se perfila entonces como la función positiva del derecho a la personalidad, y su la naturaleza jurídica es ser atributo de la persona natural o jurídica.

No es concebible el concepto de personalidad jurídica desligado del de capacidad de goce, pues la persona dejaría de ser sujeto de derecho para convertirse en objeto del mismo.

Sin embargo, en antiguos regímenes jurídicos ciertas categorías de individuos carecieron de ella, caso de los esclavos en el Derecho Romano arcaico. También se estableció como sanción para ciudadanos libres, la pérdida de su capacidad jurídica (institución de la *capitis deminutio*).

Este tipo de restricciones fue abolido gracias a la evolución jurídica en materia de derechos humanos; desde la primera Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³, al menos en el mundo occidental, no es jurídicamente permitido privar a una persona de su capacidad de goce.

Dentro de este contexto resultó extraño el establecimiento de la llamada "muerte civil" en la legislación civil de Chile, en virtud de la cual quienes hicieran votos solemnes de profesión religiosa en un monasterio reconocido por la Iglesia Católica, perdían sus bienes y su capacidad para adquirir otros en el futuro. Por fortuna en 1943 se derogó esta exótica institución.⁴

En nuestra Constitución Política, el Principio establecido en el Art. 17: «Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas», opera como la función negativa del principio de personalidad jurídica.

A lo sumo puede alguien sufrir en su capacidad de goce una limitación específica, respecto a la adquisición o a la titularidad de un determinado derecho; por ejemplo en materia de sucesiones el «indigno» pierde el derecho de suceder al causante (Art. 1025 C.C., en asuntos de comercio el "inhábil" no puede ser comerciante (art. 14 C. de Co.). Pero se trata de casos excepcionales, de limitaciones taxativas, que buscan preservar intereses de terceros, los usos honrados, etc., pero que no privan al sujeto del resto de su capacidad.

1.3.1. CAPACIDAD DE GOCE DE LAS PERSONAS JURIDICAS.

Aunque la noción de capacidad de goce no puede variar de las personas naturales a las jurídicas, en éstas se encuentra delimitada por el objeto para el que fueron constituidas; el legislador les reconoce la facultad de ser titulares de derechos y de obligaciones en la medida en que actúen dentro del fin para el que fueron creadas; pueden celebrar los contratos y contraer las obligaciones propias de su objeto o relacionadas instrumentalmente con el desarrollo del mismo.

En el caso de las sociedades, la doctrina⁵ había sostenido que cuando actuaban por fuera de su objeto social el acto no le era imputable al ente social sino a la persona física que lo realizaba, dado que la sociedad carecía de personalidad para ser titular de los derechos y de las obligaciones generadas (teoría del «Ultra Vires»).

3 Del 5 de octubre de 1789 en Francia.

4 ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil, Tomo I, Segunda Parte. Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1.974, pg. 171.

5 Conceptos de la Superintendencia de Sociedades y de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Pero conforme a la ley 222 de 1.995, cuando la personalidad jurídica de la sociedad sea utilizada para la consecución de fines diferentes a los sociales o para defraudar la ley o los derechos de terceros, o cuando se pruebe la simulación del contrato de sociedad, los socios, los administradores, la sociedad controlante o quienes directamente o por interpuesta persona hayan incurrido en alguna de estas conductas o se hayan beneficiado de las mismas, responderán solidariamente por las obligaciones sociales surgidas de tales actos (teoría del *disregard* o del abuso de la personalidad jurídica).

Por otro lado, la propia naturaleza de las personas jurídicas les impide tener capacidad de goce respecto a determinados derechos, estados u obligaciones; así tenemos que este tipo de entes por razones obvias no tienen estado civil; no se rigen por las normas de la sucesión al momento de su disolución; solo pueden ser sujetos pasivos de algunos delitos y de algunas penas pecuniarias, respondiendo personalmente en los demás casos el individuo que ejecutó el ilícito, sin que le sea dable aducir a su favor su carácter de representante del ente.

1.3.2. DOBLE ASPECTO DE LA CAPACIDAD DE GOCE: LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y LA TITULARIDAD DE LAS OBLIGACIONES

1.3.2.1. Titularidad de Derechos: La propiedad como base de la contratación. Según lo visto, toda persona tiene derechos y atributos. Los derechos pueden ser de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial; éstos por no poder traducirse o evaluarse en una suma de dinero, no se encuentran dentro del comercio, y por lo mismo, no pueden ser objeto de negociación, campo reservado con exclusividad a los derechos patrimoniales que no tengan el carácter de personalísimos.⁶

Destaca entre los derechos patrimoniales el de **propiedad**: desde un punto de vista estático es el presupuesto material para el desarrollo de la personalidad y de la libertad individual, pues permite al hombre crear su entorno conforme a su personalidad, prever el futuro, satisfacer sus necesidades básicas. Desde el punto de vista dinámico o de su movilización, constituye la base de la contratación; sin su existencia y garantía no sería posible el intercambio de bienes y de servicios.⁷

6 Existen derechos patrimoniales que se confieren a un sujeto por sus características singulares, únicas, siendo por tanto privilegios personalísimos que no resultan transmisibles ni transferibles, tales como el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos sometidos a su patria potestad, los de uso y habitación, la renta vitalicia, los alimentos por activa.

7 La contratación se presenta como el medio que posibilita las transacciones de derechos entre diferentes sujetos.

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1.789, la propiedad privada ha sido considerada como un derecho sagrado y connatural al hombre, vinculada inexorablemente a los derechos de libertad e igualdad jurídicas: el hombre es libre para adquirir bienes, intercambiarlos y realizar con ellos transacciones de cualquier clase (dentro de los límites legales), puesto que la disposición de los bienes es libre, por acto entre vivos o por causa de muerte.

Desde el siglo pasado en nuestro país, se fueron suprimiendo las trabas a la libre negociación de la propiedad; en 1.824 se eliminó el *mayorazgo*, por el cual los bienes inmuebles pasaban indivisos del padre al hijo mayor, lo que limitaba la libre enajenación; a mediados del siglo el General Tomás Cipriano de Mosquera expidió el Decreto del 9 de Septiembre de 1.861, llamado de «Desamortización de bienes de manos muertas» según el cual pasaron a la nación por el valor correspondiente a la renta neta que producían o pagaban, todas las propiedades rústicas o urbanas pertenecientes a corporaciones civiles o eclesiásticas y establecimientos de educación, beneficencia o caridad, en el territorio de los estados unidos del país, para proceder luego a su enajenación en pública subasta. Estos bienes eran poseídos a perpetuidad por las congregaciones religiosas, lo que conllevaba poca circulación.⁸

Hoy podemos hablar de una amplia libertad para la disposición de bienes, especialmente en el campo mercantil, donde el comerciante no está interesado en la conservación de la riqueza (propia del estatuto civil), sino en la circulación expedita de la misma.

El artículo 1.521 del código civil prevé los tres eventos en los cuales hay objeto ilícito en la enajenación de bienes.⁹

Otras normas establecen inhabilidades para celebrar el contrato de venta entre personas que, por sus vínculos de maridaje, filiación, representación, etc., están en posibilidad de defraudar al co-contratante o a los terceros (artículos 501 Inc.2, 1.852, 1.853, 1.854 del C.C., artículo 906 del C. de Co., entre otros).

La propiedad privada y las transacciones que sobre ella se hacen, están protegidas como importantes derechos del individuo, en el artículo 58 de la Constitución

8 DIAZ DIAZ, Fernando. Estado, Iglesia y Desamortización, Nueva Historia de Colombia, Barcelona, Ed. Planeta, 1.984, Tomo 2, Pág. 197 y ss.

9 Enajenación de: 1) Las cosas que no están en el comercio; 2) Los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, y 3) Las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

Política. Según esta norma el Estado colombiano garantiza a quien lo haya adquirido conforme a la ley, el derecho de propiedad, y prohíbe por tanto, la aplicación de leyes retroactivas que lo desconozcan. Se consagran entonces dos principios generales del derecho en el referido artículo: uno, la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, y otro, el de no aplicación retroactiva de la ley civil.¹⁰

La Constitución Política de 1.991 al garantizar el derecho de propiedad sin definirlo, conservó el tradicional concepto que se tenía de él desde los romanos, vertido en el Art. 669 del C.C.: «El dominio (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.» Pero al lado de esta concepción tradicional del derecho de propiedad privada, introdujo nuevas formas comunitarias de la institución, tales como la propiedad colectiva y la propiedad solidaria. (artículos 64, 329 Inc. 2, 55 transitorio, entre otros)¹¹

1.3.1.2. LA TITULARIDAD DE OBLIGACIONES. Estrechamente vinculado con el concepto de personalidad está el de *obligación*, pues si la personalidad se concreta en la capacidad para ser centro de imputación de la norma jurídica, ésta se impone al sujeto, con vigor coercible, colocándolo en la necesidad de asumir un determinado comportamiento, exigible coactivamente.

Si nos detenemos en las prescripciones de los artículos 4 Inc. 2 y 95 de la C.P., vemos cómo cualquier sujeto desde su nacimiento o desde su constitución (según sea persona natural o jurídica), está obligado a someterse a las leyes del Estado y a asumir una serie de comportamientos obligatorios respecto a la sociedad civil o al poder público.

Si las normas jurídicas regulan el comportamiento externo de la persona, la conducta interferida, no hay persona sin obligación; puesto que si la persona no estuviera obligada frente a la norma, perdería ésta su naturaleza jurídica, transformándose en una norma social o moral.

10 La no retroactividad de la ley es un Principio General que no se aplica en materia penal, cuando la ley posterior es más favorable que la anterior; en estos eventos prevalece el Principio de la Favorabilidad sobre el Principio de la Irretroactividad. (artículos 44 y 45 Ley 153 de 1.887)

11 Cfr. OCHOA, Raul Humberto. La Propiedad en la Nueva Constitución. En: Revista Estudios de Derecho, Nos. 119-124 Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 1.995

«Quien exige derechos tiene que soportar los correspondientes deberes, y si no los cumple puede verse obligado coactivamente a ello, porque su derecho a la libertad no es un derecho a despojarse de los deberes que le obligan.»¹²

Siguiendo a Gustavo Cuberos Gómez¹³, podemos expresar que: «El concepto de obligación ha constituido sin lugar a dudas, el punto de partida para el desarrollo de las teorías jurídicas de todos los tiempos. Más aún, cabe afirmar sin vacilación, que las nociones básicas de que continuamente se sirve la ciencia del Derecho giran en torno a la idea de la obligación. Baste por ejemplo cuestionarse acerca de quién es el sujeto de toda la normatividad contenida en nuestros Códigos para encontrar como respuesta frecuente aquella que dice que 'es un ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones', vinculándose de esta manera la concepción misma de persona con su dimensión obligacional y estableciéndose desde un comienzo la necesaria relación existente entre aquellos y éstas.»

La noción de obligación es no solo esencial al sujeto de derecho sino también a la idea de contratación; con base en la premisa de que el objeto de los contratos es crear obligaciones (artículo 1.495 del código civil), sin la obligación no existiría el contrato. Por ello, cuando en un contrato celebrado, la obligación es imposible, la ley considera que el contrato no existe, pues carece de objeto (artículos 1.518 Inc. 3 y 1.870 Inc. 1 Código Civil)

2. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD JURÍDICA

La conexión de los Principios Generales del Derecho se ve claramente en el enlace que existe entre el reconocimiento a la personalidad jurídica y el principio de libertad jurídica.

Si a la persona se le reconoce como un sujeto de derecho, se le reconoce como un sujeto libre, no atado a la voluntad de otro, ni amordazado por el ordenamiento jurídico. La libertad jurídica tendrá entonces una relación simbiótica con el principio de igualdad jurídica, consagrado no fortuitamente en la misma norma constitucional: «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley». (artículo 13 de la C.P.)

No se puede dar la libertad jurídica entre sujetos frente a los cuales la personalidad del uno esté sometida al arbitrio del otro. Sin embargo, para el logro de la

12 LARENZ, Karl. Op. cit. pág. 62.

13 CUBEROS GOMEZ, Gustavo. En: Presentación al libro Nociones Básicas de la Obligaciones, de Rosa Herminia Castro de Arenas, Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, 1.993, pág. 2.

igualdad real, el constituyente y el legislador, han establecido discriminaciones positivas, es decir, privilegios para los sectores o poblaciones más débiles (los niños, los inválidos, la mujer cabeza de familia).

Nítidas manifestaciones del respeto al principio de la libertad las encontramos a nivel constitucional en algunos cánones de la Carta que enfatizan la función positiva del principio, tales, el reconocimiento del libre desarrollo a la personalidad (artículo 16), la libertad de conciencia (artículo 18), la libertad de cultos (artículo 19), la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones (artículo 20), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26), la libertad de cátedra, aprendizaje e investigación (artículo 27), la libertad física (artículo 28), la libertad de asociación (artículo 38), la libertad contractual (artículo 333).

Otros artículos de la Constitución política establecen la función negativa del principio al proscribir las prácticas que atentan contra la libertad: prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparición forzada -artículo 12-; prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos -artículo 17-; prohibición de la pena de destierro y prisión perpetua -artículo 34 Inc. 1.

Del mismo modo, a nivel legal se encuentran prohibidas las formas contractuales que limitan o anulan de manera abrupta las libertades fundamentales de una de las partes a favor de la otra, tales como la prohibición de contratos de trabajo vitalicios, la cláusula de no concurrencia en el derecho laboral (obligación de no trabajar con un competidor del patrono después de la terminación del contrato de trabajo), la estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción intelectual o a no producir.

Una de las manifestaciones más profundas de la libertad jurídica es la libertad de contratación, campo en el cual la persona se autodetermina autónomamente, como lo veremos en seguida.

2.1. PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN O AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Las obligaciones surgidas del contrato no tienen origen inmediato en el poder heterónimo del derecho, sino en la capacidad de autovinculación emanada de la voluntad libre del sujeto, a quien el derecho reconoce esa capacidad de obligarse.

La esencia del contrato es la de ser una norma vinculante porque las partes así lo han decidido. En este punto, es menester precisar que en los denominados **negocios jurídicos** se despliega de forma amplia esa iniciativa parti-

cular, pueden las partes o el autor celebrar el negocio y además configurarlo, o sea, predeterminar las circunstancias y condiciones en las que se desarrollará el vínculo contractual e incluso las razones o medios para dejarlo sin efectos con posterioridad. Pero que en los signados por la doctrina como **actos jurídicos**, esa voluntad se circunscribe a iniciar o dar nacimiento a la relación jurídica, sin posibilidad de regular sus efectos, los que són impuestos por reglamentaciones de orden público que la rige, caso v.gr. del reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial.

Para que a nivel convencional las partes resulten obligadas es menester que expresen su consentimiento; sin consentimiento no hay acto jurídico, pues es necesario para su formación.

Ahora bien, para que esa declaración de voluntad sea válida, es preciso que carezca de vicios; que el **consentimiento** sea **libre**, sin coacciones o engaños (artículo 1.502 C.C.). Por ello, los defectos que puede sufrir el consentimiento, (el error, la fuerza y el dolo, al decir del artículo 1.508 del C.C.), invalidan la declaración de voluntad y legitiman a su víctima para solicitar judicialmente la declaratoria de nulidad relativa o rescisión (artículo 1.743 C.C.), o para ratificarla una vez esté libre de la amenaza, engaño o error (artículos 1.752 y ss. del C.C.).

Además la autodeterminación presupone que el sujeto sea **legalmente capaz**, es decir, que tenga **capacidad de ejercicio**, esto es, que jurídicamente sea considerado con plenas facultades para disponer de los derechos objeto del contrato y de contraer, bien a nombre propio o de la persona a la que representa, las obligaciones correlativas.

La capacidad legal supone que el sujeto cuente con suficiente discernimiento, sanidad mental, prudencia y posibilidad de expresar su voluntad inequívocamente, en otras palabras, que sea apto para sopesar razonablemente las ventajas o inconvenientes que le puede acarrear determinada negociación, y que su manifestación de voluntad sea inteligible y unívoca.

De ahí que el artículo 1.502 Inc. 3 del C.C. exprese: «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra».

En el artículo 1.503 del C.C. se establece una regla general: «Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.»

Por lo que se tiene en primer término que si la regla general es la capacidad, ésta se presume, y en cambio la incapacidad hay que probarla; y por contera que si la incapacidad es una excepción, solo son incapaces legalmente las personas

enumeradas como tales en el artículo 1.504 del C.C., puesto que por tratarse de una norma exceptiva su interpretación ha de ser restrictiva.

No hay incapaces por aplicación extensiva o interpretación analógica de la norma referida.

Nos detendremos a continuación en la declaración de voluntad como elemento constitutivo de la autodeterminación.

2.1.1. EL CONSENTIMIENTO O MANIFESTACION DE LA AUTODETERMINACION

Cada parte debe dar su declaración de voluntad o expresar (en forma manifiesta o de manara presunta) su querer en la celebración del negocio. La declaración de voluntad es la esencia misma del negocio y debe tener como finalidad (objeto) producir efectos jurídicos.

Sin declaración de voluntad no nace la obligación para el sujeto. Es un principio general del derecho que nadie puede crear obligaciones en el patrimonio de otro. Tenemos un claro ejemplo en el artículo 1.507 del C.C., denominado por La doctrina *estipulación por otro o promesa de hecho ajeno*, contrato por el cual una de las partes, se obliga a que un tercero ajeno a la celebración y de quien no es mandatario ni representante, realice una prestación a favor de la otra; este tercero solo contrae la obligación estipulada solo si consiente en ello.

2.1.2. CONSENTIMIENTO Y REPRESENTACION.

Las partes del contrato pueden emitir su consentimiento directamente o mediante representante, vale decir, por intermedio de una persona que expresa la voluntad del representado, en quien se radican los derechos y las obligaciones del acto o negocio jurídico, como si hubiese contratado él mismo (artículo 1.505 C.C.).

La representación puede ser legal, ordenada por la ley, o convencional u originada en un acto voluntario.

La **representación legal** es obligatoria para la actuación jurídica de las personas incapaces de ejercicio (artículo 1.504 C.C.), pues justamente su incapacidad estriba en la imposibilidad de actuar jurídicamente con autonomía.

La ley designa las personas que sirven de representantes legales a los incapaces (artículo 62 C.C.); su campo de acción será más amplio o más restringido, dependiendo del grado de incapacidad del representado: si es incapaz absoluto, el representante legal debe actuar siempre en su nombre, so pena de que los actos del incapaz estén viciados de nulidad absoluta (artículo 1.741 C.C.), salvo el matrimonio celebrado por el sordomudo que no puede

darse a entender por escrito, cuando manifiesta inequívocamente su consentimiento (artículo 140 No. 3 C.C.).

Tratándose de un incapaz relativo, el representante puede actuar a nombre de él, o puede autorizarlo para que de modo personal y directo ejercite determinados derechos o desarrolle una actividad (caso del menor comerciante, artículo 28 No. 4 C. de Co.). Si no se cumplen estos requisitos, los actos del incapaz estarán afectados de nulidad relativa, a menos que sean de aquellos que la ley en forma puntual le permite realizar con autonomía. (v.gr. artículos 294, 1.061, 2.154 C.C.).

La representación legal también es obligatoria para las personas jurídicas, toda vez que su voluntad ha de expresarse a través de órganos, encarnados por personas naturales (artículos 639 del C.C., y 110 No. 12 del C. de Co). Aún en caso de que una persona jurídica tenga por objeto representar a una firma nacional o extranjera (artículo 20 No. 8), deberá actuar a través de su propio representante legal, persona natural.

La **representación convencional**, es la que se da entre personas capaces, cuando una de ellas, mediante un acto denominado **apoderamiento** faculta a la otra para que actúe en su nombre. (artículo 832 C. de Co.)

El **apoderamiento** es un acto unipersonal, que se perfecciona cuando se otorga al representante la facultad para actuar a nombre del representado, siguiendo las formalidades legales (artículo 836 C. de Co.)

El representante puede aceptar o no el **apoderamiento**, pero aunque lo haga, el **apoderamiento** en sí no es contrato, pues no implica acuerdo de voluntades, sino mas bien dos manifestaciones unipersonales: el **apoderamiento** por parte del poderdante y la **aceptación** por parte del apoderado.

Normalmente el **apoderamiento** va acompañado de uno o varios contratos (artículo 832 *idem*); el más usual es el contrato de mandato (artículos 2.142 del C.C. y 1.262 del C. de Co.), puesto que el representante no solo queda facultado para actuar a nombre del poderdante, sino también encargado de realizar determinados negocios por cuenta suya (mandato con representación).

Según su amplitud, el poder o **apoderamiento** puede ser general, para todos los campos de la actuación jurídica, o especial, para alguna (s) operación específica. En algunos casos la ley exige poder especial (artículos 840 del C.de Co y 114 del C.C., por ejemplo).

La institución de la **representación convencional** pone de presente que, a excepción de los actos personalísimos, como el testamento (artículo 1.059

C.C.) o el reconocimiento de un hijo extramatrimonial (artículo 1 Ley 75 de 1.968), prácticamente toda la actuación jurídica puede hacerse mediante representante, por lo que se colige, que ella es una institución conexas al principio de la autonomía contractual.

2.1.1. MANIFESTACIONES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

La autonomía de la voluntad o autodeterminación contractual, permite ejercer la libertad jurídica en todas las fases de la contratación, presentando las siguientes manifestaciones:

2.1.1.1. LIBERTAD DE DISCUSION. En los contratos de *libre discusión*, antes de la formación del contrato -etapa precontractual-, las partes son autónomas para manifestar sus propósitos, intenciones o pretensiones, buscados con la celebración del mismo; pueden libremente acordar también las condiciones, plazos o modos bajo los cuales están dispuestas a contratar.¹⁴

Esta libertad no existe en los contratos por adhesión (artículo 1.624 C.C.), dado que en ellos, una de las partes establece previamente las condiciones que la otra acepta incondicionalmente.

2.1.1.2. LIBERTAD DE CONCLUSION. Consiste en consentir en celebrar un convenio, en manifestar libremente la intención de realizarlo.

Esta libertad implica la *libertad de vinculación*, que supone la conformidad con las obligaciones que resulten del contrato; de otra forma, se perderían la certeza y la seguridad jurídicas, principios básicos en la normatividad del negocio jurídico

En caso de que una de las partes esté de acuerdo con la celebración del contrato, pero repudie de una manera inconfesa las consecuencias jurídicas que de él se derivan, se dará una *reserva mental*, sin relevancia jurídica. El acto será inatacable. El autor de la reserva queda jurídicamente vinculado con su declaración manifiesta, y por tanto, obligado a cumplir las obligaciones derivadas del negocio.¹⁵

14 VALLEJO MEJIA, Jesús. Manual de Obligaciones, Medellín, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 2a. edición, 1.992, pág 57.

15 FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975, Pg. 49.

Si son ambas partes las que convienen buscar efectos diferentes a los expresados en el acto manifiesto o aparente, estaremos en presencia de una simulación (absoluta o relativa), que deberá ser sancionada, a favor de la parte defraudada por el incumplimiento del pacto oculto, o de los terceros defraudados por el acto aparente.¹⁶

2.1.1.3. LIBERTAD DE CONFIGURACION. Consiste en determinar el contenido del contrato, respecto a la forma contractual más conveniente. Los interesados pueden decidir cuál esquema de contrato resulta más ventajoso para sus fines o propósitos.

Se extiende la libertad de configuración a la determinación de los efectos del negocio. Salvo las limitaciones jurídicas, las partes pueden libremente pactar los derechos y las obligaciones que le atribuyen al vínculo, el alcance de sus facultades y deberes.

También son relativamente libres las partes para determinar las fuentes que regirán su interpretación; esta facultad se estructura más que en las negociaciones de derecho interno, en las internacionales; en éstas los contratantes pueden elegir, dentro de ciertos marcos dados por organismos internacionales, la ley o la costumbre a la cual se ceñirá su convenio.

Esta libertad está enmarcada dentro de la disposición del artículo 7 del C. de Co., que a falta de fuentes nacionales, permite que el juez competente colombiano pueda juzgar el caso conforme a la costumbre internacional o a los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, desde que no pugnen con la legislación nacional. Puesto que el juez patrio, en cualquier circunstancia, está sometido el principio general de subordinación a la soberanía nacional y al de aplicación territorial de la Ley. (artículos 4 Inc 2 de la C.P. y 18 del C.C.).

2.1.2. RESTRICCIONES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

2.1.2.1. LOS CONTRATOS POR ADHESION. En vista de que en el ámbito mercantil la gran mayoría de los bienes y servicios son suministrados por empresas que realizan sus operaciones comerciales en masa o en grandes volúmenes, las formas contractuales que se utilizan son esquemáticas, seriadas y en muchas veces impersonales.

16 OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 3a. ed, 1.987, pgs. 115 y ss.

Para ello se utilizan contratos preimpresos, que han de ser completados por el usuario del servicio o el adquirente del bien (caso de los créditos bancarios); ofertas públicas de mercaderías o de servicios, exhibidas con precios fijos; contratos telefónicos, como la adquisición de bienes con cargo a una tarjeta de crédito; suscripción a redes de datos o a servicios televisivos, mediante fax, etc.

El usuario de servicios o el adquirente de bienes, en dichos eventos, no tiene capacidad negociadora frente a la empresa que los ofrece al mercado; necesariamente tendrá que *adherirse* a las condiciones por ella establecidas, o de lo contrario no podrá celebrar el negocio.

Estas formas especiales de contratación, que encasillan la autonomía privada a la decisión de contratar o no hacerlo, y en caso positivo la reducen a la facultad de asentir las condiciones preestablecidas por una de las partes del contrato, sin que le sea dable a la otra modificar los términos señalados, se ha denominado *contrato por adhesión*. En él, de antemano se impide al adherente ejercer su libertad de discutir las condiciones y la configuración del negocio, por lo que en salvaguardia de los principios de equidad y de justicia, el convenio se interpreta a favor del adherente (artículo 1624 del C.C.).

2.1.2.2. LOS CONTRATOS NECESARIOS. Cuando de hecho o de derecho existe un servicio o un bien que se suministra de manera monopolista por un empresario persona natural o jurídica, que lo explota con exclusividad en el mercado, el usuario carece de libertad para elegir si lo utiliza o adquiere, pues siendo imprescindible tal producto o servicio (como tal el de acueducto, alcantarillado, gas, energía, o algunos materiales industriales), será inexorable adquirirlos de quien los ofrece.

El consumidor en tales casos no tiene autonomía para contratar, puesto que se encuentra en la *necesidad* de hacerlo. No es que el usuario esté *obligado* a contratar, toda vez que la obligación reposa sobre el concepto de libertad (cumplir o no cumplir) y en caso de no ejecutarse se puede exigir coactivamente, circunstancia diferente a la del consumidor que se ve abocado a adquirir los bienes o servicios que solo pueden obtenerse de un único oferente en el mercado.

EL INTERVENCIONISMO ESTATAL. Día a día el Estado regula de manera imperativa la actividad productiva, comercializadora y administrativa de los particulares, y al paso que les impide reglamentar con autonomía los servicios que ofrecen a la comunidad, los grava con impuestos, tasas y contribuciones.

La intervención del Estado se ha acentuado en materia económica; comerciantes, industriales, productores del campo y consumidores, han visto torpedeada su libertad de vender, comprar y administrar bienes o servicios, debido al cúmulo de normas y de gravámenes que pesan sobre sus actividades. No es ligero afirmar que a mayor intervención del Estado, menor campo de acción tiene la autonomía privada.

2.1.3. CARGAS DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Se denominan *cargas* de la autonomía de la voluntad los comportamientos que deben adoptar las partes para facilitar la finalidad o función perseguida con la celebración del negocio, sin que su inobservancia sea penalizada con una sanción jurídica; más bien, quienes no los acaten dejan de gozar de favores consagrados en su propio beneficio. Tales son:

2.1.3.1. LA CLARIDAD O PRECISIÓN. Lo querido o deseado por el autor o las partes (voluntad real o interna), debe coincidir con su manifestación externa (voluntad declarada). De no ser así, se presentarán malentendidos que aplazarán el cumplimiento de las obligaciones y harán más costoso el negocio, sin descartar la posibilidad de tener que acudir a la vía judicial o a la arbitral para solucionar la diferencia.

Por lo dicho, la declaración de voluntad debe plasmarse en términos unívocos, concisos y completos, que den cuenta cabal de los derechos y obligaciones queridos por las partes.

Cuando la expresión manifiesta no concuerda con la intención, las partes o las autoridades, deberán resolver esta discrepancia acudiendo a las normas que sobre interpretación de la voluntad jurídica ofrecen los artículos 1618 a 1.624 del C.C. y 871 C. de Co., entre otros.

Según el artículo 1618 desde que se conozca claramente la intención (voluntad real o interna) de los contratantes, prevalecerá ésta sobre lo expresado en palabras (voluntad manifiesta).

Es lógico que así sea, por el principio de confianza o buena fe, debe optarse por la obligación querida por las partes, ya que cada una de ellas creyó en la otra y su consentimiento mutuo se apuntaló en lo deseado. Siendo este aspecto el motivo de su autodeterminación, el vínculo obligacional debe configurarse conforme a lo querido.

No obstante, para que sea procedente la aplicación del Artículo 1.618 del C.C., la voluntad real o intención tiene que haber sido «conocida claramente» por las

partes, esto es, discutida o debatida en la etapa previa a la formación del contrato. Si dicha intención se conservó como un secreto de uno de los contratantes, no es procedente desvirtuar el negocio celebrado conforme a la declaración expresada, por lo comentado antes sobre la *reserva mental*.

Se requiere además que la declaración aparente no haya creado derechos en el patrimonio de terceros, ya que éstos, en virtud del principio de certeza jurídica, son protegidos por la ley. Así por ejemplo, si dos personas suscriben por error un contrato de venta, con la intención mutua de realizar un comodato, legitiman a los acreedores de buena fe del supuesto adquirente, para embargar válidamente el bien. No podrán las partes invocar la norma del 1.618 del C.C., pues sobre la valía de su intención prevalece el derecho del tercero, que ha basado el suyo en un título válido por su apariencia.

El artículo 1766 del C.C. más que contradecir la norma plasmada en el 1.618, la ratifica, al establecer que lo pactado en una contraescritura no registrada o en un documento privado, que altere los términos estipulados en una escritura pública, carece de eficacia contra los terceros de buena fe que basan sus derechos o pretensiones en las cláusulas de ésta.

Sin embargo, entre las partes valdrá lo dicho en el documento privado o contraescritura no registrada, conforme al artículo 1618 del C.C.

La prevalencia de la intencionalidad no se aplica estrictamente en la materia mercantil como tendremos ocasión de exponerlo, dado que en esta disciplina el valor de la apariencia sobrepasa en oportunidades al de la realidad. Piénsese en los actos *abstractos* que se desprenden de la causa o motivo que originó el negocio jurídico, para el desarrollo de sus efectos, como sucede en los títulos valores, que si en su forma o apariencia se adecúan al ordenamiento, prestarán mérito ejecutivo, salvo las excepciones personales que pueden proponerse entre las partes (artículo 874 C. de Co.).

2.1.3.2. LA DILIGENCIA. Diligencia es obrar con cuidado o prudencia. Lo contrario a la diligencia es la negligencia o el descuido, llamada *culpa* en el derecho civil. (artículos 63, 1.604, 2.143 del C.C.)

Se debe actuar con prudencia, tanto contractual como en el extracontractual so pena de incurrir en responsabilidad civil si con el comportamiento descuidado se ha incumplido el contrato o se han causado perjuicios.

En el campo contractual la diligencia debe darse en todos los estadios de la convención, a saber:

a) EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL. Bajo la óptica de precisar los principios generales del derecho relativos a la contratación privada, hemos de concluir que el aspecto extracontractual de los contratos (aunque parezca una paradoja) está circunscrito al período *pre-contractual*, denominado por nuestro código de comercio «formación del consentimiento u oferta» (artículos 845 a 863 del C. de Co.).

Ello es así porque antes del consentimiento no hay contrato, y por lo mismo, las negociaciones previas pertenecen al mundo extracontractual, sin perjuicio de las estipulaciones especiales que señale el código de comercio para la etapa precontractual, entre las que destaca el artículo 863 que ordena a las partes a comportarse de buena fe en esta etapa.

Pues bien, como la buena fe debe estar exenta de culpa (artículo 835 del C. de Co.), en la fase precontractual se protegerá la buena fe de quien haya actuado con diligencia; de lo contrario, si debió conocer un hecho y por descuido no lo hizo, aunque esté de buena fe, no recibirá el favor legal.

La buena fe implica una conducta sin malicia, sin intención de causar daño. De ahí que la falta de diligencia no se opone al comportamiento de buena fe, sino que lo supone necesariamente, ya que se configura cuando el sujeto, sin intención de causar daño, por su comportamiento descuidado o negligente, ocasiona perjuicio a otro.

b) DILIGENCIA EN EL MOMENTO DE CELEBRACION DEL CONTRATO. En el momento de la celebración las partes deben desplegar sagacidad; si incurren en errores que con un comportamiento cuidadoso habrían evitado, no pueden con posterioridad alegar dichas equivocaciones como causal de invalidez del acuerdo contractual, como cuando se pretende aducir la ignorancia de un gravamen que constaba en un certificado público al momento de la negociación.

c) DILIGENCIA EN LA EJECUCION DEL CONTRATO. En la ejecución del negocio la diligencia es una carga sino una verdadera obligación, puesto que las partes deben pactar el grado de cuidado que deben observar en cumplimiento del mismo y si no se comportan con la prudencia a la que se obligaron, deben responder civilmente. En caso de que omitan fijar el grado de responsabilidad, se aplica el artículo 1604 del código civil, que trae una norma supletiva que establece diferentes grados de acuerdo al beneficio o gravamen que reporten las partes del contrato.

Los grados de responsabilidad a los que alude dicha norma, son los definidos en el artículo 63 del código civil.

3. PRINCIPIO DE LA BUENA FE, O «PRINCIPIO DE CONFIANZA»

Buena fe es la conciencia de estar actuando conforme a derecho, según se desprende del artículo 768 del C.C.¹⁷

Implica no solo un comportamiento leal por parte del agente (buena fe activa), sino la creencia o confianza en que la otra parte también asume una conducta correcta (buena fe pasiva).

La buena fe tiene un componente de ética jurídica y otro de seguridad en el tráfico.

En el primer aspecto, el derecho confía en la conciencia ética de sus subordinados, establece la presunción de inocencia (artículo 29 Inc. 4 de la C.P.: «Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable»).

En el segundo, da certeza o firmeza a las situaciones jurídicas emanadas de la convicción de estar actuando de modo correcto, y de confiar en la entereza del otro; la ley protege a quien se comporta de buena fe, incluso cuando su confianza se ha fundado en una apariencia jurídica (como se verá en el numeral 3.3. de este aparte).

La buena fe es una norma de comportamiento que debe complementarse con la diligencia, ya que, si una persona de buena fe se comporta de manera negligente, esto es, si debía conocer la causa de impugnabilidad y no obstante la ignoró al hacer la contratación, no recibirá protección legal, en tanto no le era lícito confiar en la validez de la declaración.¹⁸

La Constitución Política en su artículo 83, realza dos dimensiones de la buena fe: la de ser una obligación o deber y la de constituir una presunción. Dice así: «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.»

17 No se trata de una conciencia eminentemente subjetiva o individual, que no resista su corroboración o verificación frente al orden jurídico; pues, excepto en el «error de tipo» de materia penal, es inadmisibles que el derecho proteja a quien ostente un comportamiento lesivo del ordenamiento, aduciendo buena fe (cfr. artículo 9 del Código Civil).

18 LARENZ, Karl. Op. cit., pág. 93.

3.1. LA BUENA FE COMO NORMA DE COMPORTAMIENTO OBLIGATORIO

Es obligatorio comportarse de buena fe, tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

3.1.1. EN MATERIA DE CONTRATOS. La buena fe debe estar presente en todas las etapas:

a) Si en el estadio precontractual una de las partes se comporta de mala fe, debe indemnizar los perjuicios que ocasione, como está estipulado en el artículo 863 del C. de Co.: «Las partes deberán proceder de buena Fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.»

b) Si el comportamiento de mala fe se da al momento de celebrar el negocio (dolo in contrahendo), se podrá solicitar judicialmente la rescisión del contrato, siempre que el dolo haya provenido de una de las partes y hubiese sido determinante para la celebración del mismo (artículo 1.515 Inc. 1, C.C.); en caso contrario, solo dará lugar a la indemnización de perjuicios (artículo 1515 Inc. 2 del C.C.).

Expresamente el artículo 871 del C.de Co. obliga a celebrar el contrato de buena fe: «Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe...».

c) En el cumplimiento de las obligaciones o etapa de ejecución, se requiere igualmente un comportamiento de buena fe. Así, si un contratista a sabiendas utiliza en la obra materiales de inferior calidad que los que se comprometió a emplear, incumple sus obligaciones contractuales, hecho que faculta a la otra parte para ejercer las acciones de que habla el artículo 1546 del C.C.

En la ejecución del contrato el principio de buena fe no solo implica cumplir las obligaciones expresamente pactadas, sino además, a tenor de los artículos 871 del C de Co. y 1603 del C.C., también aquellas que por naturaleza correspondan al contrato (artículos 1501 y 1621 del C.C.), como lo son la responsabilidad del vendedor por vicios redhibitorios y de evicción, y las obligaciones usuales (artículos 13 Ley 153 de 1887 y 1622 Incs. 2 y 3 del C.C.), salvo pacto en contrario.

3.1.2. EN LA ESFERA EXTRA CONTRACTUAL. El ordenamiento exige un comportamiento social compatible con la solidaridad y ajeno al engaño (artículo 95 de la C.P.).

Quien causa injuria o daño a otro con la intención positiva de hacerlo (artículo 63 Inc. final del C.C.), está obligado a indemnizar los perjuicios que ocasione (artículos 2.341 del C.C. y 90 de la C.P.).

Tradicionalmente las condiciones subjetivas del agente (conducta dolosa o culposa), eran elemento determinante para el surgimiento de la obligación de reparar perjuicios. Hoy, si el causante del daño despliega una *actividad peligrosa* o crea un *riesgo* que el común de las gentes no está en capacidad de soportar, incurre en responsabilidad, de manera *objetiva*, por los perjuicios causados, sin que la víctima del daño tenga que demostrar el dolo o la culpa del demandado.

3.2. LA BUENA FE COMO OBJETO DE PRESUNCIÓN

El artículo 83 de la C.P. establece la presunción de buena fe de los particulares en sus actuaciones frente a los funcionarios públicos.

En el de derecho privado, existen normas que consagran esta presunción, de gran aplicación práctica en materia probatoria. Así, el artículo 769 del C.C. dispone: «La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse», y el artículo 1.516 del mismo código, señala: «El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos en la ley. En los demás casos deberá probarse».

Una reglamentación semejante se encuentra en el artículo 835 del C. de Co., que marca un avance al consagrar que la presunción de la buena fe debe ir aparejada con la de diligencia, como su complemento necesario. El referido artículo dispone: «Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer un determinado hecho, deberá probarlo.»

Excepcionalmente la ley presume la mala fe, como en el evento de sufrir un error de derecho en materia de posesión (artículo 768 Inc final C.C.), del ocultamiento del testamento en materia de sucesión (artículo 1.025 Inc. 5 C.C.), de ejecutar disposiciones contrarias a la ley en materia de albaceazgo (artículo 1.358 C.C.), o de apostar a sabiendas de que el resultado se ha verificado (artículo 2.284 C.C.).

3.3. LA BUENA FE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

Finalmente es conveniente agregar que la buena fe es objeto de protección jurídica. La ley brinda garantía a quien ha observado un comportamiento ajustado al derecho, e incluso, reconoce la titularidad de un derecho a quien lo ha adquirido sin justo título, basado en la apariencia de legalidad del título.

Para fijar el alcance del favor legal a la buena fe, es preciso diferenciar si ella es *simple*, proveniente del comportamiento leal y de la confianza personal que el

contratante que ha obrado con diligencia espera de la otra parte; o *cualificada*, vale decir, cimentada en un error colectivo e invencible, del cual son víctimas todas las personas colocadas en igual situación (error común).

La buena fe simple se protege indemnizando a la víctima, tal el caso del poseedor de buena fe (artículos 963 y ss. del C.C.) o del tercero perjudicado por una declaración de nulidad (artículo 1.748 C.C.).

En cambio en la buena fe cualificada o creadora de derecho, basada en el error común, el ordenamiento jurídico no se dirige a reconocer una indemnización a favor de la víctima, sino que, en su lugar, admite plenamente la juridicidad del derecho, del estado o de la acción, adquiridos o ejercidos, con base en la apariencia de legalidad. Como es el caso de la *representación aparente* regulada en los artículos 834 y 842 del C. de Co., y del *error común* previsto en el art. 947 Inc. 2 del C.C.

Según esta última norma, cuando el consumidor adquiere bienes muebles en un establecimiento comercial o destinado a la venta de ellos, aunque hayan sido vendidos por la persona que no tenía la facultad de traditar, la ley considera dueño al adquirente, y el verdadero propietario carece de acción reivindicatoria.

Nótese que si se sigue el derecho regular, el adquirente no debería hacerse dueño, dado que el vendedor tampoco lo era; pero el legislador supedita el principio de que «nadie da lo que no tiene» *al de buena fe colectiva o error común*, con lo que materializa acá una aplicación del principio de la apariencia: prevalencia de la forma sobre la causa real del negocio jurídico.

En suma, el alcance de la protección a la buena fe es diferente, según la modalidad que revista: en la buena fe simple, el derecho recompensa a la víctima, tiene una función *indemnizatoria*; en la buena fe cualificada el principio tiene una función *creadora*, otorga la titularidad del derecho adquirido conforme a la apariencia.

4. PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD

Nuestra Carta Política en varios de sus artículos se refiere directa o indirectamente a la responsabilidad; dentro de ellos son de destacar los números 6 y 90, que en su orden, hablan de la responsabilidad de los particulares y de la del Estado.

En el lenguaje común responsabilidad equivale a asumir las consecuencias que se derivan de la conducta.

En el campo jurídico tiene una connotación similar; el sujeto debe arrogarse ante el Estado y los particulares las lesiones civiles o penales que ocasione con sus

acciones, lo que se traduce en la reparación de los perjuicios (responsabilidad civil), o en el sometimiento a una pena o sanción por el mal causado (responsabilidad penal).

Un mismo hecho puede dar lugar a responsabilidad civil y penal, como cuando el autor de un delito causa daños económicos a la víctima, pero no necesariamente confluyen. Sucede con frecuencia que un sujeto exento de responsabilidad penal, deba responder por los perjuicios civiles, como en caso de la legítima defensa; o también que una persona no deba responder civilmente por no existir el daño material o moral, pero sí el penal, como cuando un bien hurtado no sale del patrimonio del ofendido por haber sido sorprendido el infractor en el domicilio del agraviado.

4.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PARTICULARES

Los particulares responden civilmente por los daños causados, tanto en la esfera contractual, como en la extracontractual. De manera análoga a la confluencia de responsabilidad civil y penal, se presentan casos eventuales de acumulación de responsabilidad civil contractual y extracontractual, con motivo del mismo hecho.¹⁹

Tomemos por ejemplo el caso del viajero que realiza un contrato de transporte con una compañía encargada de prestar el servicio, en desarrollo del cual sufre un daño por la colisión que un tercero ocasiona contra el vehículo que lo transporta. La víctima podrá instaurar acción de responsabilidad civil contractual contra la compañía transportadora, pues ha de responder por el hecho de ejercer una *actividad peligrosa*; pero podrá también incoar la de responsabilidad civil extracontractual contra el tercero que ocasionó el perjuicio.

Pero no podría cobrar doblemente el perjuicio, pues siendo éste indemnizatorio, incurriría en la transgresión del principio general de que nadie debe enriquecerse sin justa causa a expensas de otro (artículo 831 C. de Co.). Lo que sí es procedente es su fraccionamiento entre los infractores.

Dado que el presente estudio se encamina a establecer los principios en la contratación privada, solo nos detendremos en el examen de la responsabilidad civil propia de este campo.

19 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo I, De las presunciones de Responsabilidad y sus medios de Defensa, Tomo II, De los Perjuicios y su indemnización, Ed. Temis, Bogotá, 1.986.

4.2. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Se origina cuando una de las partes incumple las obligaciones estipuladas en el contrato o las que le corresponden según la naturaleza del mismo (artículos 1.602 y 1.603 C.C.).

Hay que diferenciar si la obligación debida consiste en una prestación de dar, de hacer o de no hacer, y si la causal de incumplimiento obedece a la conducta dolosa o culposa del obligado o al acaecimiento de una fuerza mayor o de un caso fortuito, ajenos a su previsión y posibilidad de resistencia (artículo 64 C.C.).

a) En las obligaciones de dar un género si el deudor incumple la entrega, responde civilmente, aún en el caso de que se hubiese perdido sin su culpa, ya que la extinción del género no extingue la obligación (artículo 1.567 C.C.).

Pero si la obligación es de entregar un cuerpo cierto (artículos 1.605, 1.606 y 1.607 del C.C.), el deudor es responsable si no lo entrega por su dolo o culpa; en todo caso ésta se presume en su contra (artículo 1.730 C.C.). En el evento de fuerza mayor o de caso fortuito, se libera de responsabilidad, salvo que se haya obligado a responder aún en estos supuestos (artículo 1.732 del C. C.).

b) En las obligaciones de hacer el incumplimiento del deudor lo hace responsable civilmente, salvo cuando la prestación es *intuitu personae* y no puede realizarse por imposibilidad física, o cuando la prestación se convierte en moralmente imposible por mandato de la ley. Así cuando un artista sufre un accidente antes de ejecutar su interpretación, o cuando un toque de queda imprevisto imposibilita ir al sitio donde debe cumplirse la prestación.

c) En las obligaciones de no hacer, si se ejecuta el hecho prohibido en el contrato, el deudor es responsable, excepto cuando lo hace por razones que lo justifican (por ej. evacuar el sitio donde se había obligado a no salir, porque anuncian un desastre natural), o porque lo prohíbe una norma (como cuando el Consejo de Estado declaró inexecutable la cláusula de no concurrencia del código laboral).

En responsabilidad contractual no solo se responde cuando hay dolo o culpa, sino también cuando la parte se obliga a responder por la fuerza mayor o el caso fortuito, lo mismo que cuando objetivamente ejerce una actividad peligrosa (transporte aéreo o terrestre) o crea un riesgo que el co-contratante no por qué soportar; fenómeno que también se aplica, como quedó dicho (numeral 3.1.2) al campo de la responsabilidad civil extracontractual.

4.3. EL DERECHO GENERAL DE PRENDA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL O

«PRINCIPIO DE SOLVENCIA»

Vinculado el principio de responsabilidad civil y con el de cumplimiento de las obligaciones, está el Principio de garantía patrimonial.

Es un principio general de derecho que la sujeción del deudor al acreedor no es personal (en su corporeidad física), sino patrimonial.

El artículo 2.488 del C. C. dispone: «Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros [...]» Esta norma supedita el patrimonio del deudor al pago de sus acreencias.

No obstante, el derecho del acreedor a cubrir sus créditos con los bienes del deudor, llamado *derecho general de prenda*, por si solo no vincula de manera específica ningún bien de éste a la solución de los pasivos; por ello el deudor puede disponer libremente de sus bienes aun en el evento de que tenga acreencias vencidas y exigibles.

Para hacer efectiva la garantía del derecho general de prenda, el acreedor tendrá que solicitar al juez que determinados bienes del deudor queden provisionalmente fuera del comercio (artículo 1.521 numeral 3 del C.C.) mediante las medidas cautelares de embargo y secuestro (artículo 513 C.P.C.).

Más aún, si los bienes del deudor, embargados y rematados en pública subasta, resultan insuficientes para el pago de lo debido, el acreedor, mientras no prescriba la obligación (artículo 2.535 C.C.), puede cobrarla sobre los bienes que en el futuro éste adquiera, en virtud del principio de plenitud del crédito.

5. PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA O CONCURRENCIA

Nuestra Carta Política en su artículo 333 Inc. 3 reconoció la empresa como base del desarrollo, en tanto la producción de bienes y servicios se realiza a través de la organización empresarial.

No es raro entonces el afán en proteger la actividad mercantil (artículo 25 del C. de Co.) como actividad prioritaria para la generación de las condiciones materiales integradoras o constitutivas del orden público económico.

Y si esta actividad se realiza en la mayoría de las veces a través de contratos, ya sean de venta, de crédito, de suministro, financieros, bancarios, de trabajo con el personal a su cargo, etc., forzoso es concluir que el constituyente atribuyó al contrato, la categoría de institución básica para el desarrollo.

Pero los contratos realizados por el empresario, a más de suponer la libertad de contratación o autonomía de la voluntad, se cimientan de manera específica en la libertad económica o libertad de comercio, reconocida desde la Revolución Francesa, como derecho natural del hombre.²⁰

El principio de libertad económica se desdobra en dos aspectos: la libertad de concurrencia y la libertad de competencia, positivizados en su orden, en los incisos primero y segundo del referido artículo 333 de la C.P.

La concurrencia es «La posibilidad de que una persona ingrese o acceda a un mercado en el cual ya existen otros sujetos que están desarrollando la actividad que el «concurrente» proyecta ejecutar. Por ello, la libertad de concurrencia se entiende como la inexistencia de restricciones o barreras a la entrada al mercado de un nuevo productor. En el mismo sentido se habla de concurrencia prohibida cuando existe un impedimento que inhibe a una persona de hacer su ingreso al sector económico en que se desarrolla una determinada modalidad del tráfico económico».²¹

La competencia es el enfrentamiento que se da entre sujetos que se dedican a la misma actividad económica, en disputa de la clientela; el competidor triunfante es el que logra canalizar a su favor la libertad de conclusión de o vinculación de los consumidores del producto o servicio que él, conjuntamente con sus competidores, ofrece al mercado. Naturalmente para que se de la competencia tiene que darse como premisa la concurrencia de un número plural de agentes en el sector económico.

5.1. LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA

Se presentan cuando el ordenamiento jurídico impide el acceso de los sujetos a un sector económico, como sucede en Colombia, por ejemplo, con la industria licorera, cuyo monopolio detenta el Estado.

Aunque existe el derecho de toda persona al trabajo (artículo 25 de la C.P.) y el derecho fundamental de cada quien a escoger profesión u oficio (artículo 26 de la

20 En Francia, el Decreto del 2 de Mayo de 1.791 reconoció a toda persona el derecho de realizar cualquier negocio, concedido en el antiguo régimen solo a las corporaciones o asociaciones, que gozaban de privilegios o monopolios para ofrecer bienes al mercado. Paralelamente se reconoció el derecho de todos para obtener libremente bienes y servicios.

21 GACHARNA, María Consuelo. *La competencia desleal*, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1.982, pg. 16.

C.P.), por salvaguardar los intereses de la sociedad, de los ahorradores o de los usuarios de un servicio profesional, la ley impone restricciones, prohibiciones o incompatibilidades, para el ejercicio de una actividad mercantil.²²

5.2. LIMITACIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

Aunque el mandato constitucional establece la libre competencia como un derecho de todos que supone responsabilidades, también establece que «El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.» (art. 333 Inc. 4).

Las limitaciones que por mandato de la ley se han impuesto a la libre competencia, se han dirigido a: 1. Sancionar la competencia desleal (Ley 256 de 1.996), 2. Reglamentar el monopolio, y 3. Rodear al consumidor de derechos y acciones populares en defensa de sus intereses.²³

De aquí que tanto la concurrencia económica como la competencia, son derechos esenciales a la contratación; pero su ejercicio no es absoluto, en tanto está delimitado por el derecho de los consumidores, de la economía y de la sociedad en general.

22 MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Principios de Derecho Comercial. Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1.986.

23 GACHARNA, María Consuelo. Op. cit. Pág 21.

SEGUNDA PARTE

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Los contratos privados en cuanto participan de una estructura y naturaleza que les es común a todos, comparten en mayor o menor grado los principios generales del derecho; los contratos se van separando del género, de acuerdo con la finalidad o la necesidad que las partes buscan llenar; en materia de disposición de intereses, basta repasar el código civil o el código de comercio, para ver en ellos mencionados con nombre propio y con disciplina específica un sinnúmero de negocios jurídicos, aptos para la disposición de intereses, en el campo respectivo.

Así ocurre con los contratos de *cambio* que comparten entre sí unas determinadas características, como que originan la tradición de los derechos reales, y están sometidos a la obligación de sanear la evicción y los vicios del mismo, contratos de los cuales el más representativo es el de compraventa, seguido por el mutuo, el suministro de cosas, la donación, la fiducia, la sociedad. A su lado están los contratos que conceden tan solo el *goce* de los bienes, con los que no se transfiere el dominio sino tan solo la posesión o la tenencia, como en el arrendamiento, el leasing, el comodato. Otras negociaciones se rigen por la necesidad de la *cooperación* en la actividad económica de la contraparte, tales son el mandato y sus especies, y el corretaje.

Los contratos de *garantía* llenan otra clasificación y serían la hipoteca, la fianza, la prenda, la anticresis, la carta de crédito, la apertura de crédito, la cuenta corriente comercial. De otro lado los de *prestación de servicios*, donde se agrupan normatividades tan disímiles como el transporte, la banca, el hospedaje, el seguro y la multitud de actividades que en el sector de los servicios se van configurando con una tipicidad que podríamos llamar social hasta que el ordenamiento vea su importancia, les de acogida, los incorpore en su catálogo, adquiriendo entonces la tipicidad legal.¹

¹ Para Betti la tipicidad de todo contrato es social, puesto que la «razón del negocio se identifica con la función económica - social del negocio entero, considerado con independencia de la tutela jurídica...» (pg. 141), y agrega: «En el puesto de la rígida tipicidad legislativa apoyada sobre un número cerrado de denominaciones, subentra otra tipicidad que, cumpliendo siempre la finalidad de limitar y orientar la autonomía privada, es sin embargo comparativamente a aquella, bastante más elástica en la configuración de los tipos y en cuanto se opera mediante remisión a la conciencia social, económica o ética, se podría llamar **tipicidad social**.» (pag 153). BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959.

Cada una de las clasificaciones dichas, cada uno de esos contratos mencionados y cada negociación que los particulares llevan a cabo bajo una de tales denominaciones, tiene características especiales que lo diferencian de todos los demás. Por ello los principios propios de la contratación privada van yendo en un descenso jerárquico al perder su generalidad, por cuanto algunos de tales principios solo son aplicables a uno o varios de los contratos referidos pero no a todos; piénsese por ejemplo en el de la imprevisión de los contratos, operable tan apenas para contratos conmutativos de ejecución no inmediata, al tenor del artículo 868 del código de comercio.

Para empezar nuestro examen de los principios generales de la contratación privada, debemos partir del artículo 1.602 del código civil, que da forma y estructura a todas las negociaciones que puedan presentarse en este campo.

El citado artículo en una fórmula lacónica consagra tres principios centrales de la contratación, al disponer que: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales», no hace otra cosa que positivizar los principios de *legalidad, normatividad y relatividad del negocio jurídico*.

Todos ellos presentan una relación de implicación o imbricación con el principio de autonomía de la voluntad, éstos la hacen posible, y aquella los supone.

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Las personas pueden regular autónomamente las situaciones directamente involucradas con sus intereses, siempre que se ciñan a los postulados generales previstos en la misma ley, el orden público y las buenas costumbres.

1.1. LA LEY COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA

Las leyes imperativas deben ser acatadas por los contratantes (artículos 16, 1.523, 1.526 del C.C., entre otros), so pena de transgredir el principio de legalidad, pues no gozaría de protección jurídica un acto adverso a sus disposiciones (artículo 6 Inc. 2, 1.525, 1.740 y ss. del C.C.).

Acerca de normas puramente permisivas o supletivas, los particulares no tienen que adecuar su conducta a las prescripciones en ellas establecidas, dado que es de la esencia de las mismas, privilegiar la voluntad particular sobre la del legislador, que solo viene a suplir la falta, insuficiencia u oscuridad de la declaración del autor o de las partes del negocio. Es así como en esta categoría de normas apenas habrá violación al principio de legalidad cuando las partes que no hayan regulado

expresamente las cuestiones que tales leyes les dan facultad de configurar, o lo hayan hecho de manera confusa o contradictoria, no acaten los términos legales que sustituyen su manifestación de voluntad.

Ello porque si bien la norma supletiva es de libre acogimiento para el particular, cuando éste se inhibe de formular su propia regulación, ella rige con todo su vigor.

1.2. EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA

El orden público puede concebirse como el equilibrio que idealmente ha de reinar en los aspectos social, político o económico de una comunidad, en un momento específico de su historia. De ahí que el legislador trate de preservarlo mediante mandatos que se sobreponen a la libre iniciativa de los gobernados.

Por su misma esencia, es un límite o restricción dentro de la contratación, pues su desconocimiento acarrea necesariamente la invalidez, o en algunos casos la ineficacia del negocio jurídico. (artículo 897 del C. de Co.)

El orden público ha de formularse por medio de leyes imperativas, que en caso de ser contrariadas en las transacciones, generan objeto ilícito, según lo establecido en el artículo 899 del C. de Co.

En igual sentido se pronuncian los artículos 16 y 1.519 del C.C.; y así, cuando los contratantes atentan en su convenio contra las normas que de manera textual o de forma virtual reglamentan cuestiones de orden público, violan el principio de legalidad, por lo que su declaración puede ser impugnada judicialmente.

1.3. LAS BUENAS COSTUMBRES COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA

Doctrinariamente se entiende por *buenas costumbres* el rasero moral con el que una comunidad dada, en determinado momento histórico, encuentra adecuado un cierto comportamiento a su conciencia ética.

Las buenas costumbres han sido consideradas en nuestra legislación como elementos constitutivos del principio de legalidad. En el código civil encontramos como causales de nulidad absoluta, el objeto «moralmente imposible» (artículo 1.518 Inc. final), la causa contraria a las buenas costumbres (artículo 1.524), y en general, los pactos que atenten contra ellas (artículo 16).

No sobra un comentario marginal sobre este límite antitécnico desde el punto de vista jurídico, si se tiene presente que la norma moral es autónoma, es decir, no impuesta por un sujeto diferente a su seguidor, por lo que su cumplimiento queda al libre albedrío del individuo. El derecho no hace mas que respetar la moralidad de

cada cual, sin interferir en el comportamiento privado de los destinatarios de la norma jurídica. Resulta entonces contradictorio que, si la observancia de la norma moral es libre para el derecho, éste sancione a quien no la acate en sus convenios particulares.

1.4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR

La legalidad es un principio que respeta nuestro código civil, aún cuando el contrato se haya celebrado en país extraño (artículo 20 Inc. 2 del C.C.). Pero los efectos de tales contratos, si han de desarrollarse en Colombia, deben adecuarse al ordenamiento nacional (artículo 20 Inc. 3 del C.C. y artículo 869 del C. de Co.), pues estarán cobijados por el principio de territorialidad, consagrado en el artículo 18 del estatuto civil.

En relación a la forma o solemnidad a la que debe ajustarse el contrato, se aplica otro principio general de la contratación, formulado desde la época de los romanos: *Locus Regit Actum*, que fuera acuñado por los glosadores bajo el aforismo «EL lugar rige la forma de los actos» (artículo 21 del C.C.).

Es un principio básico para el desarrollo del derecho internacional privado, pues sin él se entrarían la contratación extranjera e internacional.

Sin embargo, hay que tener presente que en Colombia la escritura pública no puede suplirse por ningún otro medio legal (artículo 1.760 del C.C.), por lo que el contrato celebrado en el exterior, si ha de tener efectos en Colombia, debe reducirse necesariamente a escritura pública (artículo 22 del C.C.), aún en el caso de que la forma empleada sea completamente aceptable en el país de celebración del negocio. Piénsese por ejemplo en el testamento ológrafo, válido en Francia e inexistente en Colombia. (artículo 898 Inc. 2 del C. de Co.).

2. PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD

El contrato es una fuente de obligaciones, y consecuentemente de derechos para las partes (artículos 1.494 y 1.495 del C.C.). En su virtud nacen normas jurídicas de alcance particular, que deben ser respetadas no solo por las partes, sino también por el juez, e incluso por el legislador, a saber:

2.1. PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD PARA LAS PARTES - *PACTA SUNT SERVANDA*

Las partes están obligadas a cumplir las estipulaciones contractuales, además de las obligaciones que correspondan a la naturaleza del contrato, o que sean

usuales en el tipo de transacción celebrado (artículo 1.603 del C.C.). Para que las obligaciones pierdan su efecto, debe darse el mutuo acuerdo, artículo 1.625 Inc. 1, o sobrevenir alguna de las causales de extinción que trata este artículo.

Es, pues, esencial al contrato es que sea obligatorio, o que sea «ley para las partes». Gracias al reconocimiento de la autodeterminación para vincularse y obligarse mutuamente, las partes están en la necesidad ética y jurídica de cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*).

Sin el principio de *pacta sunt servanda* no existiría el concepto de contrato, como fuente jurídica de obligaciones convencionales.

Si una de las partes incumple lo pactado, la otra está facultada por el derecho para solicitar judicialmente la resolución o la terminación del contrato, con reconocimiento de perjuicios compensatorios, o para demandar el cumplimiento forzoso de las obligaciones convenidas, con pago de perjuicios moratorios (artículos 1.546 del C.C. y 870 del C.de Co.).

Si ambas partes dejan de cumplir lo pactado, caso en el cual se estima que hay mutuo disenso tácito, ninguna de ellas podrá pedir el cumplimiento de la otra, y si lo hace, el demandado podrá proponer la excepción de incumplimiento (Artículo 1.609 C.C.). La Corte Suprema de Justicia, ha admitido que en tal evento puede incoarse la resolución del negocio, a fin de precluir la situación de incertidumbre generada por un contrato vigente y no cumplido.²

Sin embargo, el principio de *pacta sunt servanda*, aplicado de manera rigurosa por las partes y los jueces, se tradujo en injusticias graves para algunos contratantes en pactos que tenían su desarrollo prolongado en el tiempo, en los cuales, por acontecimientos posteriores a la celebración del contrato, no previstos o no previsibles en ese momento, se hacía más onerosa la prestación de futuro cumplimiento para una de las partes, por lo que se rompía el equilibrio contractual, base de la celebración del contrato original.

De ahí que nuestra Corte Suprema de Justicia en la década de los años treinta³, y posteriormente el legislador en el estatuto mercantil (Decreto 410 de 1.971,

2 Casaciones: 16 de Diciembre de 1.931, G.J., t. XXXIX, pg. 430; 23 de Marzo de 1.943, G.J., t. LV, pg. 71; 17 de Septiembre de 1.954, G.J., t. LXXXVIII, pg. 628; 16 de Febrero de 1.956, G.J., t. LXXXII, pg. 77; 31 de Enero de 1.963, G.J., t. CL, pg. 35, entre otras.

3 JURISPRUDENCIAS DE LA LLAMADA «NUEVA CORTE» sobre formulación y aplicación de los Principios Generales de Buena Fe, Enriquecimiento sin Causa, Abuso del Derecho, Fraude a la Ley, la Simulación, la Teoría de Los Móviles, el Fraude Pauliano, el Error Común, la Teoría de la Imprevisión.

Artículo 868), establecieran como un principio general del derecho, complementario al de *pacta sunt servanda*, el de «*Rebus sic Stantibus*», conocido como *principio de la revisión o teoría de la imprevisión*, que permite solicitar la revisión de un contrato vigente, para restablecer la conmutatividad o la equivalencia pactadas al inicio de la relación contractual.

Lo distintivo del hecho posterior es que encarezca económicamente la prestación debida, sin hacerla imposible;

pues cuando ello es así, no es procedente la *revisión* del contrato, toda vez que el deudor se libera de responsabilidad civil por fuerza mayor o caso fortuito (Artículo 64 C.C.)

2.2. PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD PARA EL JUEZ

El juez no puede en la interpretación del contrato, crear más derechos u obligaciones que los queridos por las partes, salvo la obligación que tiene de integrarlo con las obligaciones o elementos propios de la naturaleza del contrato (Artículos 1.501, 1.603, 1.621 y 1.623 del C.C.). El desconocimiento de la voluntad de las partes hará su sentencia susceptible de ser revisada en casación (artículos 365 y 368 Inc. 1 C.P.C.).

2.3. PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD PARA EL LEGISLADOR

El legislador debe respetar los derechos adquiridos conforme a un contrato, so pena de dictar leyes retroactivas, cuya aplicación, como se dijo antes, está prohibida en el artículo 58 de la C.P. Es más, en el campo del derecho privado se da un respeto tan profundo a la voluntad de los particulares manifestada en el contrato, que cuando éste es de orden privado, incorpora la ley vigente al momento de su celebración (artículo 38 Ley 153 de 1.887); es decir, que a pesar de la vigencia de una nueva ley sobre la materia, la ley anterior seguirá aplicándose al contrato configurado durante su vigor. (principio de aplicación ultractiva en derecho civil).

3. PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD

El alcance de las normas que dictan los particulares es *relativo*, es decir, que solo tiene eficacia vinculante para el autor o las partes que celebran el negocio o acto jurídico.

Una declaración de voluntad no puede crear obligaciones a cargo de un tercero que no ha intervenido en su formación dando su consentimiento, así lo establece

el artículo 1502, al consagrar que: «Para que una persona *se obligue* a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: [...] 2o. *Que consienta* en dicho acto o declaración [...]»

Pero si pueden crearse, mediante la declaración de voluntad, derechos o beneficios a favor de terceras personas que no han intervenido en su formación, tal como acaece con la *estipulación para otro* (artículo 1506 del C.C.), contrato en el cual una de las partes se obliga, grosso modo, a realizar una prestación a favor de un tercero, como sucede en el campo del derecho de seguros.

Por excepción los acuerdos a los que llegan las partes pueden crear los mismos derechos y obligaciones en personas que no participaron en la creación del negocio o que disintieron de él, como pasa en los actos jurídicos de carácter *colectivo*, tales como los concordatos, los pactos y las convenciones colectivas de trabajo. Pero el alcance de estos actos se restringe a las personas que tengan la condición de acreedores del concursado, o de trabajadores de una empresa; jamás tendrán el efecto general de las leyes o de las declaraciones de inconstitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional.

4. PRINCIPIOS DE INTEGRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Se trata de preceptos que, a falta de una regulación expresa sobre la norma aplicable, se utilizan de manera subsidiaria para resolver el conflicto entre los particulares. Tales son el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley.

4.1. EL ABUSO DEL DERECHO

El código de comercio estableció como principio de las obligaciones, la teoría del abuso del derecho en el artículo 830; tal disposición tan solo recogió la jurisprudencia que ya desde la década de los treinta hizo carrera en nuestro medio, gracias a la admirable composición de una Corte a la que ya nos hemos referido.

De acuerdo con el profesor Enrique Gaviria Gutiérrez⁴, dos corrientes filosóficas antagónicas se disputan el dominio de esta doctrina, la primera de ellas afirma

4 GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Derecho Comercial. Colección jurídica Bedout. Medellín. 1.981. p. 47.

que solo existe abuso de los derechos cuando estos son ejercidos en forma dolosa, imprudente o negligente; tal fue la posición de Alessandri Rodríguez y de los Hermanos Mazeaud; de otro lado la concepción moderna, de tendencia socialista, sostiene que existe abuso del derecho cuando éste es ejercido en forma opuesta a su finalidad económica y social.

A esta última corriente pertenece Arturo Valencia Zea: «Una de las características más importantes y más fecundas 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. Si la única empresa de transportes de una localidad se niega a trasladar a una persona por malquerencia u otro motivo, está abusando de su derecho. Y así podemos multiplicar los ejemplos: el panadero que se niega a suministrar pan a un cliente, sin un motivo serio; el arrendador que se niega a concertar un contrato de arrendamiento, por capricho o en espera de una utilidad no autorizada de las buenas costumbres; en fin, los que detentando el monopolio de mercancías o elementos de primera necesidad (agua, energía, eléctrica, etc.), niegan el suministro de ellos sin un motivo racional. Todos estos individuos abusan del poder económico de que gozan, de ese poder que les garantiza la norma, para lesionar las condiciones elementales de buena fe y moral que deben reinar en toda agrupación humana civilizada».⁵

Para el profesor Gaviria Gutiérrez, el abuso del derecho se fundamenta en una responsabilidad distinta y autónoma, no asimilable al dolo y la culpa, así: «En consecuencia, si la concreción de éstas en preceptos constitucionales exige concebir los derechos como facultades relativas, de las cuales no es legítimo abusar, a pesar de que se proceda sin dolo o culpa, así habrá de aceptarlo el jurista, aun cuando ello suponga el abandono de tesis históricamente superadas.»⁶

5 VALENCIA Z., Arturo y ORTIZ M., Alvaro. Derecho Civil. Parte General y Personas Tomo I. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1994, Pág. 164.

6 ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ, Op. cit., p. 51.

4.2. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Al igual que el principio anterior, la regulación comercial en el artículo 831 tan solo codificó un principio que ya la doctrina y la jurisprudencia habían positivizado.

Con base en los artículos 2.313 y ss. del C. C. que regulan el pago de lo no debido; del artículo 1524 que dispone que no puede haber obligación que no tenga una causa real, y en otras normas que disponen el reembolso de las sumas que se obtienen sin causa suficiente para ello (artículos 1747, 2120, 2243, 2309, 2343 del Código Civil, y, 1271 y 1337 del C. de Co.), puede deducirse que en Colombia estaba consagrado de manera implícita el principio de que ninguna persona puede obtener ventajas en su peculio a expensas del patrimonio ajeno, sin una causa que lo justifique.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de noviembre de 1.930, reconoció el rango de principio general del derecho colombiano, al enriquecimiento sin causa⁷.

En la vida de los negocios se observa con frecuencia que un contratante se enriquece a costa del otro y de ahí que el aumento de un patrimonio implica la disminución correlativa del patrimonio del co-contratante; algunas veces este fenómeno se justifica cuando hay una causa legítima. Mas otras veces existe o se presenta un desplazamiento o disminución de un patrimonio con independencia de toda causa jurídica, como cuando una persona paga lo que no debe; el equilibrio económico queda roto y el remedio para restablecerlo consiste en dar al enriquecedor una acción contra el enriquecido.

Esta doctrina no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y limitaciones que en resúmen son las siguientes y dan el fundamento para establecer la acción de *in rem verso*: a) Es necesario que haya habido un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) Es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin justa causa; d) Es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción *in rem verso* tiene un carácter esencialmente subsidiario, y e) Por último esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley.»⁸

7 Casación del 10 de Noviembre de 1.930, XLIV, 474.

8 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de abril 14 de 1.937.

Posteriormente la ley 200 de 1.936 sobre régimen de tierras hizo referencia a tal principio.

4.3 EL PRINCIPIO DEL FRAUDE A LA LEY

El fraude a la ley se configura cuando se procede en contra del espíritu de la ley, a través de su aplicación indebida y maliciosa: se actúa acogiéndose en apariencia a las disposiciones legales, pero en verdad se está infringiendo la regla jurídica.

Al violar la ley no siempre se causan perjuicios a los terceros, como en el caso de unos cónyuges que se divorcian en país extranjero para eludir la normatividad propia que se los impide, donde es posible que nadie salga lesionado, a no ser el ordenamiento.⁹

Pero las más de las veces, se viola la ley no con el propósito de violarla, sino con el de obtener fines distintos, para los cuales la violación es solo un medio.

Tal es el caso de la insolvencia maliciosa del deudor para burlar a sus acreedores (fraude a terceros), donde los acreedores burlados pueden buscar la revocación de los actos celebrados en su perjuicio ejerciendo la llamada *acción pauliana* o revocatoria, encaminada a obtener la reintegración al patrimonio del deudor de aquellos bienes que salieron de él, en perjuicio y fraude de los derechos de los acreedores, consagrada en muchos artículos del código civil, por ejemplo los 862, 1295, 1441, 1451, 1245, 1636 inciso 3.

Según el artículo 2491 del C. C. para que proceda la *acción pauliana* contra el deudor tramposo, ha debido éste ejecutar uno de las siguientes clases de actos:

a) A título oneroso, en cuyo caso la acción pauliana esta condicionada a que el acto ejecutado haya causado o cause daño a los acreedores y a que haya mala fe del tercero contratante.

b) A título gratuito, caso en el cual basta la mala fe del deudor (*animus nocendi*) y el perjuicio a los acreedores (*eventus damni*).

5. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL

Son principios que se orientan a lograr el máximo de proporcionalidad entre las prestaciones, los beneficios y las imposiciones asumidas y obtenidas por cada par-

9 Casación de marzo 24 de 1.939, G.J. XLVII,745.

te, según el tipo contractual. Imponen tanto una regla para la funcionalidad del contrato, que sea efectivo para los fines propuestos, como una pauta de equidad para que los resultados alcanzados guarden armonía con los riesgos y los costos arrojados por los sujetos de la relación contractual.

5.1 PRINCIPIO DE LA ECONOMICIDAD DEL CONTRATO

Este principio es explicado por el profesor Gabriel Escobar Sanín, así: «*La economicidad del contrato* o función económica consiste en los resultados específicos que debe producir cada negocio en la esfera patrimonial de conformidad con la tipificación y estructura que le asignan la ley y los contratantes, para la satisfacción de los derechos subjetivos de éstos».

«... en síntesis, pues, *la economicidad* implica adecuación del contrato con la capacidad funcional del objeto y la necesidad convencional que debe satisfacer, de acuerdo con la utilidad intrínseca del mismo» (negritas en el texto).¹⁰

Está entonces el profesor Escobar Sanín incluyendo en este principio no solo lo que es el objeto propio de cada contrato sino también el contenido del mismo, que aunque suelen confundirse, son conceptos diferentes, ya que el primero es un presupuesto del contrato, extrínseco, externo al mismo, consistente en el interés sobre el cual versa, y el contenido es la materialización del negocio, el significado del comportamiento; es la objetivación de la conducta reguladora de intereses.

El contenido en sí, está implícito en los elementos del negocio, en su división tripartita: *essentialia negotia*, *naturalia negotia* y *accidentalia negotia*, que indican que existen elementos fundamentales que caracterizan la figura, por ejemplo, en la compraventa no puede suprimirse el cambio de cosa por precio (elemento esencial); también existen cláusulas que acompañan de suyo al acto dispositivo, se sobreentienden en él, pero pueden ser omitidas, tal es el caso de la obligación de saneamiento por parte del vendedor (elemento natural), que puede ser renunciada por expresa aceptación del comprador; y es posible introducir, por cualquiera de las partes, estipulaciones admisibles, que de suyo no siguen al negocio sino en cuanto se concreten en él, tal es la

10 ESCOBAR SANIN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales II. Teoría general de los contratos*. Dike. 1994.

inclusión de la cláusula de reserva del dominio (elemento accidental), en el negocio que nos ha servido para ejemplificar la argumentación.

Los artículos 1517 a 1523 del código civil, sobre el objeto del negocio jurídico, 1501 y 1603 del mismo código y 871 del código de comercio, que consagran el contenido del negocio y las obligaciones que las partes contraen dentro de éste, fundamentan el principio de la *economicidad*.

5.2. PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Para Escobar Sanín¹¹, el significado de dicha expresión es «el de una *proporción equitativa entre los valores de los objetos* o los hechos debidos, para llegar a la noción un poco intangible del «Justo precio» (artículos 738, 739, 1164, 1948, 1958 y 2212).....»

El *justo precio* se opone al precio injusto, al precio vil y al precio irrisorio. Diferenciando los mismos dice el tratadista Ramiro Rengifo, lo siguiente: «El precio justo es el proporcionado, desde un punto de vista económico, el valor de la cosa. Como la actividad comercial está siempre sujeta a factores de diversa índole, puede decirse que nunca habrá un precio justo sino un precio de mercado.

El *precio irrisorio o ilusorio* es aquel carente de seriedad debido a la evidente desproporcionalidad entre el valor de la cosa y aquel.

El *precio vil*, en cambio, es un precio serio, las partes han querido pactarlo pero existe cierta desproporción entre el mismo y el valor de la cosa, atendiendo a su valor de mercado.»¹²

Ese justo precio que debe buscarse en las negociaciones, no puede ser tan solo el precio de mercado, que es un dato de éste; tienen que considerarse otros factores, como el costo de la materia prima, los costos de fabricación, el riesgo que puede implicar la producción misma etc. y ello siempre que la oferta y la demanda estén equilibradas, porque si hay abundancia de una mercancía y los vendedores temen perder totalmente su inversión, la ofrecerán a un precio inferior a su costo, y al revés, los precios se elevarán si la demanda es mucha y la oferta es escasa.

En la búsqueda del equilibrio contractual debe examinarse el caso de que las partes se separen de las reglas legales dispositivas, en ventaja de una sola de ellas, quien impone condiciones generales a la otra; este tema, que ha sido debatido ampliamente por la jurisprudencia alemana, al decir de Larenz¹³, «examina el contenido de las condiciones generales para decidir si satisfacen las exigencias mínimas de la justicia contractual y constituyen una regulación que atiende suficientemente a los intereses de las dos partes, y niega validez a las condiciones que contradicen groseramente tales requisitos. A la jurisprudencia le ha seguido el legislador en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación del 9 de diciembre de 1976. Esta ley declara nulas una serie de cláusulas de condiciones generales en que se modifica o se excluye en beneficio de una de las partes el Derecho dispositivo...»

Obviamente la ley de las Condiciones Generales se refiere a los pactos accesorios al contrato y no a las prestaciones de las partes, que están reguladas por los principios de la autodeterminación o autonomía privada, de la autovinculación o fidelidad al contrato, de la justicia contractual o equilibrio económico y de la buena fe, como ya lo hemos visto.

El equilibrio entre la prestación y la contraprestación nos lleva de inmediato al planteamiento de varios problemas así:

a. LA CONMUTATIVIDAD Y LA ALEATORIEDAD. Tanto los contratos conmutativos como los aleatorios son contratos onerosos, se diferencian en que en los primeros las partes pueden apreciar desde un primer momento las ventajas y cargas que soportan, como se desprende del artículo 1498 del Código Civil: Cada parte conoce las prestaciones y las juzga equivalentes; mientras que en los aleatorios no existe un equilibrio esperado ni predeterminado; la posición de una de las partes depende del alea o de la suerte.

En el campo mercantil tenemos como prototipos del contrato aleatorio el de seguro, donde el comerciante que ha cubierto su establecimiento de comercio contra el riesgo de incendio, ignora si el pago de las primas le será efectivamente reembolsado algún día; si se producirá o no el siniestro, y cual será el monto de la prima que habrá cancelado en tal fecha; el juego, donde el comprador del billete de lotería tiene tan solo la esperanza remota de resultar ganador del premio, y paga el valor del billete por esa esperanza.

11 ESCOBAR SANIN, op. cit., pg. 200.

12 RENGIFO, RAMIRO. Contratos Comerciales, Volumen 1, Bogotá, Colección Pequeño Foro. 1.981.

13 KARL, LARENZ. op. cit. pg...

La doctrina también ha incluido en esta lista de contratos aleatorios al de sociedad, porque al hacer los aportes sociales se desconoce cual será la suerte económica de los mismos.

b. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA FIJACION DEL PRECIO. Buscando el precio justo, esto es el equilibrio económico, entra a ocupar posición relevante el factor subjetivo, tanto en el campo civil con las relaciones de parentesco, amistad, o amor, en las cuales el precio de un bien puede variar de acuerdo con el sujeto con quien se negocia, como en el campo mercantil, donde por consideraciones estrictamente monetarias, es común que un comerciante venda mercancía pasada de moda, fuera de temporada, o con fecha de expiración muy próxima, (ventas de promoción o de rebaja) a precio muy inferior al real, e incluso inferior a su precio de adquisición, con el objeto de no seguir pagando un bodegaje, recuperar algo de la inversión inicial o de obtener algún activo.

c. LA LESION ENORME COMO CAUSAL DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO. La lesión enorme como el perjuicio recibido por una persona al no obtener el equivalente de su prestación, es una institución que ha sido adoptada por casi todas las legislaciones modernas. Su origen se remonta a dos rescriptos de los Emperadores Dioclesiano y Maximiano y el espíritu que la informa es la equidad y la tutela.

Para algunos códigos la lesión es un vicio objetivo del contrato, en el sentido de que ellos fijan un criterio aritmético y descartan toda consideración subjetiva, para otros es un vicio del consentimiento y como tal la subjetividad de la teoría es innegable.

En nuestro Código Civil solo se estableció la figura de la lesión enorme para la compraventa de bienes raíces (artículos 1946, 1947 y 32 de la ley 57 de 1.887), para la aceptación de la herencia (artículo 1291), para la partición (artículo 1405), para la cláusula penal (artículo 1601 del C.C. y 867 del C. de Co.), en la fijación de intereses (artículos 2231 y 2232), en la anticresis (artículo 2466).

La jurisprudencia basada en el artículo 1958 la ha hecho extensiva a la permuta (Casación del 18 de mayo de 1920).

Esta institución es de alcance restringido por cuanto no se aplica sino a las figuras jurídicas mencionadas, y ello tan solo dentro de límites objetivos que las mismas normas enuncian.

Pese a que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la lesión enorme puede aplicarse a los contratos mercantiles, tal manifestación constituye

un soberano desconocimiento de la realidad comercial, y de la normatividad mercantil patria y extranjera como tendremos oportunidad de ver más adelante.

5.2.1. EN BUSCA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO.

La medida analizada en el numeral anterior no es la única adoptada por el legislador en busca de la posible igualdad de las partes al contratar; se han formulado por el Estado Colombiano desde mediados del presente siglo distintas políticas administrativas en busca de ese ideal del derecho justo a que nos referimos en nuestra introducción, incluyéndose dentro de ellas, La ley 7a. de 1.943 sobre control de arrendamientos, la Ley 201 de 1.959 sobre violencia generalizada; las normas que desde el Decreto 2371 de 1.977 han venido estableciendo el salario mínimo legal de los colombianos, la ley 56 de 1.985 sobre arrendamiento de vivienda urbana, y muchas otras de control de precios de artículos considerados de primera necesidad.

Tampoco ha sido ajena a esta problemática nuestra jurisprudencia al acoger las teorías de la corrección y de la indexación monetaria, rompiendo con la escuela nominalista y entrando de lleno en la valoralista.

TERCERA PARTE

LOS PRINCIPIOS ESPECIALES DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

1. PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES

El artículo 825 del código de comercio, que consagra la presunción de solidaridad cuando hay pluralidad de deudores en una obligación mercantil, al disponer: «En los negocios mercantiles cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente», constituye una derogación expresa al principio general de la divisibilidad de las Obligaciones entre los varios deudores, estatuida en el código civil, en sus Arts. 1568 a 1580.

Cosa contraria ocurre en materia mercantil donde al tenor de la norma citada, la solidaridad se presume y deberán los deudores excluir la solidaridad en caso de que no deseen que les sea aplicada en el negocio contratado.

Y es que se acomoda más a la índole de la negociación mercantil, que cuando los deudores sean varios, cualquiera de ellos pueda ser llamado por el acreedor a responder por la totalidad de la obligación a no ser que expresamente se halla señalado lo contrario.

2. PRINCIPIO DE LA CONSENSUALIDAD

Este principio que nació al igual que el de la autonomía de la voluntad con la Revolución francesa, es objeto de las más variadas controversias hoy día en nuestro país, pues para algunos autores el principio general no es ya la libertad contractual sino más bien el formalismo, donde la solemnidad del acto pasa a ser el género mientras la consensualidad queda como especie; tal es la opinión del tratadista Hernán Valencia Restrepo:

«A pesar de que ceñidos rigurosamente a lo literal de las palabras del art. 1857 de nuestro Código Civil, y a una hermenéutica anquilosada (la exegética), la venta solemne es la excepción, el tráfico económico-jurídico y la misma legislación positiva en otras disposiciones nos está demostrando lo contrario: la venta solemne es la regla general y la consensual la excepción»¹

1 VALENCIA RESTREPO, HERNAN. Teoría General de la compraventa. editorial Temis, Bogotá. 1.983. pág.37.

Para otros como Alvaro Pérez Vives², el código de comercio de 1.971 «constituye un regreso al principio general de la consensualidad de los negocios jurídicos, y, en materia mercantil, hoy no queda duda alguna, acerca de la vigencia integral de ese principio.

Se fundamenta el autor antes citado, en las normas que regulan la promesa de contrato, y la materia precontractual, para concluir que: a) cómo regla, la obligación surge con el mero consentimiento; b) vale tanto la voluntad expresa como la voluntad tácita al tenor de los Arts. 824 y 854 del Código de Comercio y c) sí bien para algunos contratos, la ley exigió determinadas solemnidades, para una efectiva oponibilidad a terceros o para el surgimiento de derechos reales, son tan solo excepciones al principio general que se justifican por las mismas razones expuestas.

De la prolija lista de compraventas mercantiles solemnes, tanto las ad substantiam actus como las ad probationem que menciona el profesor Valencia Restrepo en la obra acabada de citar, y del examen de la normatividad mercantil vigente, podemos concluir que, no es cierto que el código de comercio de 1.971 represente el regreso a la vigencia integral del principio de la consensualidad; pero tampoco estamos frente al formalismo del derecho romano, pues en las relaciones comerciales, la mayoría de los negocios, en razón de su número y entidad se celebran por teléfono o fax, entre empresas que se relacionan entre sí por el mutuo conocimiento que tienen de su seriedad y solvencia; muchos otros se perfeccionan con el asentimiento tácito de uno de los contratantes a la oferta que le hace su contraparte, piénsese en el transporte público o en las ventas por autoservicio de los supermercados, en los servicios de los cajeros electrónicos, o en las ventas por catálogo.

Un formalismo de un estilo nuevo, se ha impuesto en el mundo de los negocios; el derecho mercantil constreñido a dotar de seguridad, rapidez y certeza los negocios jurídicos fue obligado a usar ciertas formas especiales para concluir determinados negocios como la sociedad, el depósito de dinero en un banco, la fiducia, la venta de vehículos automotores o las negociaciones sobre establecimientos de comercio cuya omisión produce la nulidad o la inexistencia del contrato.

Numerosas operaciones comerciales dan lugar al nacimiento de documentos: acciones, certificados de cambio, cheques, letras de cambio, facturas, certificados

2 PEREZ VIVES, ALVARO y Otros. El Principio de consensualidad en los negocios Jurídicos Mercantiles. Comentarios al Código de Comercio. Edijus, Medellín. 1.975 Volumen 1. págs. 212 y ss.

cafeteros, pólizas de seguro etc., títulos estos que una vez puestos en marcha funcionan sin la intervención de quienes los han generado, pero cuya creación y circulación está sujeta a formalismos estrictos.

De otro lado los computadores y las terminales electrónicas de toda índole, proveen de inmediato la prueba del negocio celebrado, y hacen parte de la contabilidad que está obligado a llevar el comerciante, de conformidad con el Art. 48 y ss. del código de comercio y los decretos 2649 y 2650 de 1.993.

3. PRINCIPIO DE LA ONEROSIDAD

Funge como el más elemental de los principios de esta rama del derecho, y es que el origen y la concepción del mismo están íntimamente relacionados con el lucro; es así como el Art. 10 del código de la materia, al definir los sujetos mercantiles, dice que son las personas que *profesionalmente* se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles, delimitación que implica con necesidad el lucro, como resultado del ejercicio profesional de la actividad, y tal idea se reitera nuevamente en el campo societario, donde el lucro es la esencia de la vinculación de los socios que, al tenor del Art. 98 se unen con el fin de repartirse unas utilidades; tenemos entonces que los actos de los comerciantes tiene una finalidad lucrativa, y es en la onerosidad de la actividad donde se encuentra la razón de ser de la misma.

Esto no implica que el lucro tenga que ser elemento necesario de cada acto jurídico que celebre el comerciante, quien muchas veces se ve obligado a perfeccionar negocios donde no obtiene utilidad, es el caso de las ventas de rebaja o promoción a que ya hicimos referencia, pero siempre en cumplimiento de una finalidad de lucro que impregna todo el ejercicio del comercio.

En el código de comercio, el Art. 1163 referente al mutuo, donde se presume la obligación de pagar intereses por parte del deudor, y el Art. 885 sobre ventas al fiado, que autoriza al comerciante el cobro de intereses, son aplicaciones de este Principio.

La onerosidad suele ser la única diferencia con determinados contratos de carácter civil, como el depósito que es de suyo gratuito, mientras el depósito mercantil lo es lucrativo.

4. PRINCIPIO DE LA APARIENCIA

En el derecho comercial, al contrario de lo que ocurre en materia Civil, la apariencia prevalece sobre la realidad. Se le da un valor especial a lo que aparece

expresado, puesto que la naturaleza misma de la actividad mercantil, requiere que situaciones exteriores prevalezcan sobre la posible intención de las partes al contratar.

Lo aparente juega un papel en el derecho comercial que la normatividad civil no le reconoce, así: las causas de nulidad del contrato social han sido reducidas y las que subsisten pueden ser subsanadas fácilmente, ejemplo el art. 104 y ss., el art. 115 que permite sanear los vicios formales de la escritura de constitución con el mero registro de la misma en la Cámara de Comercio, en principio una sociedad anónima es responsable por los actos de su representante legal, aunque estos no se relacionen directamente con el objeto social; el art. 842 sobre la representación aparente, etc.

A veces se sacrifican derechos legítimos en pro de derechos derivados de la apariencia externa; así en el campo de los títulos valores, se reconoce al tercer adquirente de buena fe la regularidad de los mismos; es la aplicación del principio de la autonomía de los títulos valores, como cuando el deudor se ve obligado a pagar habiendo ya satisfecho la obligación originaria, por cuanto un tercero tenedor de buena fe, ejercita en su contra la acción cambiaria, derivada de la legitimación que le confiere su posición como último endosatario en un título valor a la orden.

5. PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD

El carácter profesional del sujeto del derecho comercial, a que hicimos referencia al hablar del principio de la onerosidad, nos permite introducirnos en este tema de la especialidad del derecho mercantil, en tanto es un derecho profesional, tiene que ser necesariamente distinto, diferente del común, ya que su campo de aplicación esta delimitado por la profesión que se está regulando y reglamentando dentro de él. Son las normas que reglan las obligaciones del comerciante, sus deberes, sus derechos, su forma de obligarse, las que imponen las genuinas características del derecho comercial como derecho especial.

Tómese como ejemplo el contrato de prenda sin tenencia del acreedor (Arts 1.207 y s.s. del C.de Co.) exclusivo del derecho mercantil, los contratos bancarios, los relativos a la navegación, a las cartas de crédito, giro de títulos valores, entre otros.

Este principio de especialidad explica el modo de operar diferente del derecho que nos ocupa, donde sus reglas se aplican de manera preferente (Art. 5 Ley 153

de 1887, y 22 del C. de Co.) y no solo en forma directa sino también por analogía, (Art. 1o. C. de Co.). Pues la norma especial es más concreta, se acerca a la realidad de los hechos, y cumple más fácilmente su función reguladora.

Al mencionar los principios mercantiles dice José Ignacio Narvaez García: «El de especialidad del derecho Mercantil que determina la preferencia de sus normas y su aplicación analógica antes de acudir a las de la legislación común»³.

Precisamente por desconocimiento de este Principio, es por lo que en la doctrina⁴ y en la jurisprudencia colombianas⁵, se ha sostenido que la figura de la lesión tiene aplicación en el campo de la contratación mercantil.

Como tuvimos ocasión de advertirlo al hablar de la lesión enorme, en nuestro código civil esta figura esta regulada como una sanción de carácter objetivo y de aplicación restrictiva a los actos jurídicos allí mismo enumerados, de donde es una institución que no admite la aplicación analógica.

Si se examina de forma estricta la normatividad mercantil, en los negocios comerciales no se puede incoar la rescisión por lesión enorme, porque se estaría desconociendo la naturaleza misma de tal actividad, a la que le es inherente el riesgo y la especulación.

Con mayor nitidez vemos expresada esta idea en el derogado código de comercio, copiado del chileno de 1866 (elaborado según las corrientes doctrinarias de la época), que fuera adoptado por el extinguido estado de Panamá, y luego, mediante la Ley 57 de 1887 acogido como Ley Comercial Nacional, «Código de Comercio Terrestre y Marítimo» que en su Art. 218 estipuló: No hay rescisión por causa de lesión enorme en los contratos mercantiles.

La citada prohibición del art. 218, que es similar a la contenida en el art. 32 de la ley 57 de 1887, no se repitió en el código de 1971, ampliamente ligado a la legislación italiana, donde siempre se ha tenido claro que la lesión enorme no opera en el campo mercantil. Para la doctrina extranjera es inadmisibles la idea de que las negociaciones de este tipo puedan ser puestas en tela de juicio al invocar contra ellas la lesión enorme, al desconocer su naturaleza especulativa, y quitarle seguridad al tráfico comercial.

3 NARVAEZ GARCIA, JOSE IGNACIO. Introducción al derecho Mercantil. Legis. 5a. edición. Bogotá. 1.986

4 VALLEJO MEJIA, JESUS. Op. cit. Pág. 215.

5 Casación de diciembre 13 de 1.988, J. y D. t. XVIII.

En este sentido se pronuncia León Bolaffio⁶, quien al comentar el num. 3. del art. 3. del Código de Comercio Italiano, que declara de manera tajante como actos objetivamente comerciales: «la compra y la reventa de bienes inmuebles, cuando se hacen con propósito de especulación comercial», dice textualmente: «El propósito de especular emerge del resultado, la reventa, como efecto de la compra hecha con el mismo propósito. Consiguientemente, el revendedor de los inmuebles, adquiridos por él con propósito de especular con su reventa, no puede invalidar ésta invocando la rescisión por lesión que exceda de la mitad del justo precio. (Art. 1.529, Código Civil). Si se aceptase tal supuesto, con el pretexto de una especulación desgraciada, el cambio de inmuebles se desvirtuaría.»

Igual afirmación se encuentra en el texto de los autores mejicanos Puente y Calvo⁷, quienes al hablar sobre el precio en las compraventas mercantiles sostienen: «cuando existe una gran diferencia entre el precio y el valor de la cosa comprada, se dice que hay lesión. Pues bien, las ventas mercantiles no se rescinden por causa de lesión: pero el perjudicado, además de la acción criminal que le compete, puede demandar daños y perjuicios contra el contratante que hubiere procedido con fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento (Art. 385 del código de comercio).»

Tan solo un recto entendimiento de los principios y en este caso del principio de la especialidad, nos permite sostener que la lesión enorme no es aplicable en el campo de la negociación mercantil.

6 BOLAFFIO, LEON. Derecho Mercantil. Curso General. Madrid. Editorial Reus. 1.935. pag 171.

7 PUENTE FLOREZ, ARTURO y CALVO MARROQUIN, OCTAVIO. Derecho Mercantil. Méjico. Editorial Banca y Comercio. 1.977.

BIBIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Curso de derecho Civil Tomo I, Segunda Parte, Santiago de Chile. Ed. Nascimento, 1974.
- BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Edit. Tecnos.
- CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, 1.993.
- Código Civil Colombiano.
- Código de Comercio Colombiano.
- Constitución Política de 1.991.
- Corte Constitucional, Sentencia C-486/93.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencias: 13 de julio de 1943, 30 de noviembre de 1930, 14 de abril de 1937, 24 de marzo de 1939, diciembre 13 de 1988.
- CHAIM, Perelman. La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Traducción de Luis Díez, Picaso, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1.979.
- DIAZ DIAZ, Fernando. Estado, Iglesia y Desamortización, Nueva Historia de Colombia Tomo 2, Barcelona, Ed. Planeta, 1.984, Tomo 2.
- ESCOBAR SANIN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. Teoría General de los Contratos. Medellín: Dike 1994.
- FERNANDEZ OSPINA, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 3a. Ed. 1.987.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil, Tomo II, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1.975.
- GACHARNA María Consuelo. La Competencia Desleal, Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1.982.
- GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Derecho Comercial. Medellín. Colección Jurídica Bedout, 1981.
- LARENZ, Karl. El Derecho Justo, Fundamentos de ética Jurídica. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1.985.
- MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Principios de Derecho Comercial. Bogotá. Temis, 1986.
- NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil. Quinta Edición. Bogotá, 1986.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis. 3a. Edición, 1987.

- PEREZ VIVES, Alvaro y Otros. El Principio de Consensualidad en los Negocios Jurídicos Mercantiles. Comentarios al Código de Comercio. Medellín. Edijus, 1975. Volumen I.
- RENGIFO, Ramiro. Contratos Comerciales. Volumen I. Bogotá. Colección Pequeño Foro, 1981.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo I. De las Presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa. Bogotá. Temis, 1986.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. Teoría General de la Compraventa. Bogotá. Temis, 1983.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica Jurídica, Principialística o Los Principios Generales del Derecho. Santa Fe de Bogotá, Ed. Temis, 1993.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ M., Alvaro. Derecho Civil Parte General y Personas. Tomo I. Santa Fe de Bogotá. Temis, 1994.
- VALLEJO MEJIA, Jesús. Manual de Obligaciones, Medellín, Ed. Biblioteca Jurídica DIKE, 2a. edición, 1.992.