

Derecho de las obligaciones

Con propuestas de modernización

TOMO II

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

SEGUNDA EDICIÓN

DERECHO
DE LAS OBLIGACIONES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES

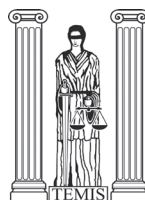
(Coordinadora)

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

CON PROPUESTAS
DE MODERNIZACIÓN

TOMO II

Segunda edición



Bogotá - Colombia
2016

Derecho de las obligaciones: con propuestas de modernización. Tomo II / Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora). – Segunda edición. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes: Temis, 2016. 4 tomos; 530 p.; 23 cm. – (Biblioteca Jurídica Uniandina)

ISBN 978-958-1091-5

1. Obligaciones (Derecho) – Colombia I. Castro de Cifuentes, Marcela II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 346.03

SBUA

- © Marcela Castro de Cifuentes, 2016
correo elec.: macastro@uniandes.edu.co
- © Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2016
Carrera 1ª núm. 18A-10, Bogotá
Tels.: 339 4949 - 339 4999 ext. 2382
<http://derecho.uniandes.edu.co>
correo elec.: infdrec@uniandes.edu.co
- © Editorial Temis S. A., 2016
Calle 17 núm. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas

ISBN 978-958-35-1091-5
2832 20160004100

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Editorial Nomos.
Carrera 39B núm. 17-85, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRESENTACIÓN

El derecho de las obligaciones continúa siendo, no obstante los incesantes cambios normativos, las nuevas corrientes doctrinales y los nacientes campos del saber jurídico, la columna vertebral de las relaciones patrimoniales en nuestro derecho privado. Su estructura y sus principios se proyectan sobre todo el ordenamiento y proveen soluciones razonables a falta de disposiciones especiales.

Por ello resulta imperioso estudiarlo en forma continua con miras a su cabal comprensión y también a su mejoramiento. Este es el espíritu que inspira la segunda edición de la obra *Derecho de las obligaciones*, publicada inicialmente en 2009. Tras varios años en los que ha servido como texto universitario, como material de consulta profesional y con una exitosa reimpresión, llegó la hora de ponerlo al día revisando sus contenidos para incorporar no solo la bibliografía y la jurisprudencia más recientes, sino más importante aún, presentar propuestas de modernización formuladas por los autores en sus respectivos temas.

No es una casualidad que muchos países, varios de ellos herederos de los códigos napoleónicos, hayan emprendido esa tarea al valorar objetivamente las carencias y los vacíos de que adolecen los códigos civiles del siglo XIX. Es innegable el aporte que estas obras han hecho al desarrollo de muchos sistemas jurídicos, incluido el colombiano. Su larga vida ciertamente ha contribuido para que nuestro derecho privado goce, en gran medida, de la ansiada seguridad jurídica, y su vieja presencia ha propiciado un amplio conocimiento de sus normas por los especialistas, pero lo que es más importante, por los ciudadanos, que ya se sienten familiarizados con sus valores fundamentales. Además, en materia de obligaciones y contratos, hemos tenido el mismo Código Civil en toda nuestra experiencia republicana, permitiendo que las cortes y la academia decanten sus principios, lo que solo se logra cuando las instituciones han estado en vigor por muchos años.

Sin embargo, Colombia no puede en nombre de la nostalgia, ni como homenaje al Código Civil de BELLO, negarse a emprender las tareas de revisión de la normativa civil ni permanecer de espaldas a los movimientos de renovación del derecho privado. Por eso insistentemente desde la Universidad de los Andes hemos promovido la discusión en un tema tan delicado pero que debe abordarse con serenidad, determinación y rigor científico.

En las últimas décadas varios Estados han tomado el camino de la revisión de sus textos legislativos con miras a la modernización. Ejemplos notables de renovación vienen de la provincia canadiense de Québec (1994)¹ y el Brasil (2002) con enmiendas totales, Alemania con la reforma más importante introducida al BGB (2001)² y Argentina³, Francia⁴ y España⁵ también trabajan en importantes proyectos para la modernización del régimen de obligaciones y contratos.

A estos movimientos renovadores han contribuido los instrumentos jurídicos con mayor repercusión en el ámbito mundial en los últimos años, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, acogida por muchos países, y los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales revisados en 2010, que como *soft law* y expresión de la *lex mercatoria*, han influido en la articulación de los sistemas jurídicos de derecho continental y de derecho anglosajón y han contribuido en la formulación de unas premisas básicas para todos los negocios jurídicos.

Gran resonancia también han tenido varios documentos académicos, preparados por los civilistas y comercialistas más destacados del mundo, respondiendo a la necesidad de contar con unos principios comunes para el nuevo derecho privado, particularmente el europeo, de cara a la armonización de los regímenes nacionales de los países miembros de la Unión. Deben citarse en este contexto el Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi) 1995⁶, el *Draft common frame of reference* (Proyecto académico del profesor alemán CHRISTIAN VON BAR y otros académicos europeos, 2008)⁷ y los Principios de Derecho Europeo de Contratos, redactados bajo la dirección del profesor OLE LANDO en 2000⁸; pero

¹ Disponible en http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html

² Vigente desde 2002.

³ En octubre de 2014 se promulgó la ley 26.994, por la cual se adoptó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. En <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>

⁴ “Avant-projet de réforme du droit des obligations. Document de travail”. 23 octobre 2013. En <http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/document/0203242436733-document-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-643031.php>

⁵ Gobierno de España, Ministerio de Justicia, “Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil”, en *Boletín de información*, año LXIII, enero de 2009.

⁶ Disponible en www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC

⁷ Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/defr_outline_edition_en.pdf

⁸ Disponible en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

esta lista de trabajos preparatorios no es exhaustiva, dado que muchos civilistas han contribuido a enriquecer este debate con sus propuestas⁹.

Pero a pesar de las voces que ven con cierto escepticismo el futuro de los mencionados trabajos en el contexto latinoamericano¹⁰, estos materiales han impulsado la discusión más allá de los confines de Europa y constituyen hoy referencias indispensables para la tarea de revisión de nuestros códigos que deben no solo unificarse, sino modernizarse para adecuarse al nuevo entorno.

No le falta razón a quien señaló que “[p]or la abstracción de los códigos civiles decimonónicos, estos han perdido en gran parte la función que tenían asignada, quedando reducidos a ser reproductores de meras fórmulas jurídicas que, para mantenerse vivas y útiles, son actualizadas por una constante labor jurisprudencial”¹¹.

En el caso alemán, se dijo que “[e]l BGB había dejado de ser, desde hace tiempo, el código de todos los ciudadanos. Muchas de las operaciones jurídicas que se realizaban diariamente, se hacían al margen del BGB. Con la reforma se integra en el BGB todo el derecho que hasta entonces había sido especial: la AGB-G y todas las leyes de contratos con consumidores. Lo que nunca debió haber salido del BGB vuelve a ser parte de él [...]. Solo de este modo, se considera, es posible que el BGB sea el código de todos los ciudadanos. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano”¹².

La reforma alemana de 2001, además de integrar varias disciplinas a un cuerpo común (consumidores, condiciones generales de la contratación), modernizó varias instituciones clásicas como los remedios por incumplimiento en el contrato de compraventa, revisó el régimen general de la prescripción de acciones y codificó varias de figuras creadas por la jurisprudencia. Todo ello perseguía revitalizar el BGB dotándolo de mayor

⁹ JOSÉ HERNÁN MURIEL CICERI, “Contribuciones doctrinales a la armonización y el avance del derecho privado europeo”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, núm. 22, enero-junio de 2012, págs. 357 a 363. En este escrito, el autor subraya el “Study Group on a European Civil Code”, el “Research Group on EC Private Law (Acquis Group)” y la obra de los profesores Reiner Schulze y Jules Stuyck (Eds.) *Towards a European Contract Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2011.

¹⁰ LEYSSER LEON, “De la admiración a la recepción crítica. El apagado eco de la codificación del derecho privado europeo en América Latina”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 45, enero-junio 2011, Bogotá, Universidad de los Andes, Disponible en https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri53.pdf

¹¹ KLAUS JOCHEN-ALBIEZ (Coord.) *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual* en España, Colección Atelier Civil, Barcelona, 2011, pág. 19 (consultado en Google Books).

¹² KLAUS JOCHEN-ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo derecho de las obligaciones: la reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV-3, julio 2002, Ministerio de Justicia España.

claridad y coherencia, considerando que “[l]a claridad y la transparencia deben constituir una de las exigencias de cualquier ordenamiento jurídico que quiere estar cerca del ciudadano”¹³.

Nuestro derecho civil requiere y merece una profunda reforma, que puede y debe reflejarse en una nueva codificación. En particular, el régimen de las obligaciones y los contratos reclama una actualización juiciosa que recoja la experiencia acumulada, para consagrar en forma clara sus aciertos y corregir sus falencias.

Sobre el enfoque que debe tener el derecho civil actual, son muy persuasivas las reflexiones del profesor italiano PIETRO PERLINGIERI en su obra *El derecho civil en la legalidad constitucional*, recién publicada en Colombia¹⁴, que busca centrar el derecho civil en la persona misma, en su dignidad y en la satisfacción de sus necesidades¹⁵. Para este connotado profesor la igualdad, la solidaridad y el pleno desarrollo de la persona “se convierten en los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual que está por fundar como compromiso de una generación de juristas”. Y al refundarse el derecho civil, este “se vuelve a apropiarse, con formas renovadas, de su originaria vocación de *ius civile*, destinado a desarrollar la tutela de los derechos civiles en una nueva síntesis”¹⁶.

Estima el autor en aspectos más técnicos que “[l]a obligación no se identifica en el derecho o en los derechos del acreedor; ella se configura cada vez más como una relación de cooperación. Ello implica un cambio radical de la perspectiva de cómo leer la disciplina de las obligaciones; esta última no se considera el estatuto del acreedor; la cooperación reemplaza la subordinación”¹⁷. Y reconociendo que la obligación es un deber ser, pone mayor acento en el concepto de “situación jurídica”: la del deudor, la del acreedor, la de los terceros, más que en los conceptos abstractos tradicionales a los que estamos acostumbrados¹⁸.

El derecho civil contemporáneo debe ser valorado en su complejidad y en sus contradicciones, expresa PERLINGIERI; además, el jurista debe saber apreciar tanto la tradición como la innovación, punto que no puede ser más acertado tratándose de un ejercicio de renovación normativa como el que aquí se propone¹⁹. Insiste el jurista en un sistema, que aunque sustentado

¹³ JOCHEN-ALBIEZ, *op. cit.*

¹⁴ Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

¹⁵ PERLINGIERI, *op. cit.*, vol. I, pág. 59.

¹⁶ *Idem*, pág. 130.

¹⁷ PERLINGIERI, *op. cit.*, vol. II, pág. 1025.

¹⁸ *Idem*, págs. 749-750.

¹⁹ *Idem*, pág. 139.

en principios, no puede sino estar fundado en valores. “El perfil axiológico, al igual que el lógico, es connatural a cualquier ordenamiento jurídico”²⁰.

En fin, enseña el autor que para el jurista “subsisten amplios espacios de actividad, de empeño y de responsabilidad, que sustraen terreno a la desesperación del simple pensar y del mero hacer y que permiten indicar a las jóvenes generaciones de estudiosos y de operadores finalidades positivas a realizar con serenidad, con el entusiasmo necesario y con los pies bien firmes sobre el terreno de los conocimientos oportunamente adquiridos, pero con los ojos igualmente abiertos hacia horizontes nuevos de una sociedad tecnológica que sepa tener respeto por el hombre y por sus exigencias primarias, contribuyendo así a favorecer el paso crucial de la ley al derecho”²¹.

El propósito de esta segunda edición es, entonces, a más de refrescar sus contenidos después de transcurridos cinco años desde su primera publicación, presentar algunas contribuciones al gran debate que se vislumbra en nuestro país sobre el futuro del derecho privado. No invitamos al trasplante automático de instrumentos foráneos ni a la reforma legislativa apresurada. Consideramos muy provechoso el conocimiento riguroso de los procesos modernizadores que vienen desarrollándose a nuestro alrededor, como insumos valiosos en una tarea que nos espera en el futuro cercano y a la cual esperamos se unan los juristas colombianos provenientes de la academia, la judicatura y la práctica profesional.

MARCELA CASTRO RUIZ
Coordinadora de la obra
Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

²⁰ *Idem*, pág. 142.

²¹ *Idem*, pág. 143.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII

CAPÍTULO I

FORMACIÓN DEL CONTRATO

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

1. Introducción.....	1
2. La fase de los tratos preliminares	2
A) Deberes secundarios de conducta.....	4
a) Aspectos relativos al deber de información en el ámbito precontractual	5
b) Información y consejo	12
c) Límites de las obligaciones de información y de consejo .	13
d) Publicidad e información.....	13
e) Carácter vinculante de la publicidad en el estatuto del con- sumidor	14
f) Otros deberes de conducta.....	17
B) La responsabilidad precontractual.....	17
a) La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones	18
b) Otras hipótesis de responsabilidad precontractual.....	19
C) Las cartas de intención	20
D) El valor de actas y minutas. La “punktation”.....	20
E) Los acuerdos preliminares.....	21
3. La formación del contrato a partir de la formulación de una oferta	21
A) Definición de oferta, contenido y requisitos.....	21
B) Irrevocabilidad de la oferta	23
C) Clases de propuesta.....	26
D) Aceptación de la oferta.....	27
a) Requisitos de la aceptación.....	27
b) Aceptación tácita de la oferta	29
c) La aceptación por el silencio	30
d) Efectos de la aceptación.....	31

	PÁG.
e) Perfeccionamiento de los contratos solemnes	31
f) Invitación a ofertar. El contrato por concurso. La licitación	32
4. Bibliografía.....	34

CAPÍTULO II

CATEGORÍAS DE CONTRATOS

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

1. Introducción.....	37
A) Interés por la calificación de los contratos y su clasificación	37
B) Criterios para la clasificación	39
C) Categorías explícitas del Código Civil y del Código de Comercio.....	40
2. Categorías fundadas en la ausencia o en la existencia de una contraprestación y en su interdependencia.....	41
A) Contratos onerosos y gratuitos	41
a) Interés de la distinción	45
B) Subdivisión propia de los contratos a título oneroso: contratos conmutativos y aleatorios	47
a) Interés de la distinción	51
C) Contratos sinalagmáticos y unilaterales	52
a) Interés de la distinción	57
3. Categorías apoyadas en la duración del contrato	57
A) Contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva... ..	57
a) Interés de la distinción	59
4. Categorías que se fundan en la reglamentación legal.....	60
A) Contratos típicos y atípicos	60
5. Categorías que se fundan en el perfeccionamiento	64
A) Contratos consensuales, reales y solemnes (de forma libre o impuesta)	64
6. Modernización de los contratos y obligaciones.....	68
7. Bibliografía.....	71

CAPÍTULO III

CONTRATOS DE CONTENIDO PREDISPUERTO: LA ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

1. La adhesión y las condiciones generales como instrumentos de estandarización de la contratación contemporánea	75
--	----

2. La autonomía privada frente a los conflictos propios de la adhesión y de la predisposición mediante condiciones generales de contratación	77
A) La formación del consentimiento	79
B) Contrato y contratación masiva	85
C) Estandarización no contractual	90
D) Constitución económica y libertad contractual	95
3. La protección legal de la libertad y la igualdad contractual en la contratación masiva	97
A) Nulidad o ineficacia por violación de normas imperativas	99
B) El abuso de la posición dominante del contratante “fuerte” ...	102
4. La interpretación judicial	104
A) La claridad desfavorable al adherente y la ambigüedad desfavorable al predisponente	104
B) La finalidad buscada por el predisponente y significado atribuido por el adherente	107
C) Condiciones generales o uniformes y presunción legal de abuso	111
5. Sistemas legales de control administrativo	112
6. Bibliografía	118

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

JUAN CARO NIETO

1. Introducción	121
2. Orígenes de la Teoría de la imprevisión	122
A) Francia	122
B) Inglaterra	125
C) Italia	126
3. La experiencia de otros países	127
A) Alemania	127
B) Estados Unidos de América	128
C) Argentina	129
D) Unidroit	129
4. Excesiva onerosidad frente a la frustración	130
5. Antecedentes de la teoría de la imprevisión en Colombia	132
A) Primer caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de octubre de 1936 (M. P. Liborio Escallón)	133

	PÁG.
B) Segundo caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 1937 (M. P. Juan Francisco Mújica).....	134
C) Tercer caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 1938 (M. P. Arturo Tapias Pilonieta)	135
D) Un cuarto caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de diciembre de 1936 (M. P. Eleuterio Serna)	135
E) Reflexión sobre los casos de la Corte Admirable	136
6. La imprevisión en el derecho positivo.....	137
7. Requisitos para aplicar la imprevisión	138
A) Que se altere el equilibrio entre las prestaciones de las partes	138
B) Que la alteración sea tan grave que para una de las partes resulte excesivamente oneroso cumplir.....	139
C) Que la alteración sea producida por circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato.....	140
D) Que las circunstancias sean extraordinarias	141
E) Que las circunstancias sean imprevisibles	142
F) Que las circunstancias no sean parte del riesgo que el afectado acordó asumir	143
G) Que las circunstancias no se hayan producido por negligencia del afectado.....	144
H) Que el contrato no sea de ejecución instantánea sino de ejecución sucesiva, periódica o diferida	145
I) Que el contrato no sea aleatorio	145
J) Que la prestación cuya revisión se solicita esté pendiente de cumplir	146
8. Efectos de la imprevisión	147
9. Figuras jurídicas afines a la imprevisión	148
10. La imprevisión en el derecho administrativo	152
11. Imprevisión y las grandes crisis económicas.....	154
12. La imprevisión en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema	156
13. Conclusiones.....	160
14. Bibliografía	161

CAPÍTULO V

INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

ALONSO PAREDES HERNÁNDEZ

1. Condiciones de existencia y validez de los actos jurídicos	164
---	-----

A) Elementos de existencia del acto jurídico	164
a) Manifestación de la voluntad	166
b) Objeto jurídico	169
c) Solemnidades	173
B) Condiciones de validez del acto jurídico.....	176
a) Capacidad legal.....	177
b) Incapacidad absoluta.....	178
c) Incapacidad relativa	180
d) Incapacidad particular.....	181
e) Vicios del consentimiento.....	182
f) Causa real y lícita.....	193
g) Objeto lícito	195
2. Ineficacia por inexistencia	197
A) Declaratoria de inexistencia	199
B) Acto aparente.....	203
C) Efectos de la inexistencia	204
3. Ineficacia por nulidad	206
A) Principio de conservación del acto.....	207
B) Nulidad absoluta.....	209
a) Declaración de nulidad absoluta.....	209
b) Ratificación	214
c) Prescripción	215
C) Nulidad relativa	216
a) Titulares de la acción	217
b) Saneamiento.....	219
c) Efectos de la nulidad	219
4. Inoponibilidad del acto	223
A) Publicidad	224
B) Sustanciales	224
C) Relatividad	225
5. Ineficacia “liminar”	227
A) Casuismo	228
B) Pleno derecho	228
C) Retroactividad	229
D) Saneamiento	229
E) Imprescriptible	229
6. Ineficacia por imprevisión	229
7. Consideraciones finales	230
8. Bibliografía.....	231

CAPÍTULO VI

LESIÓN ENORME

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

	PÁG.
1. Introducción.....	235
2. Concepto.....	237
3. Breve reseña histórica.....	239
4. Criterios generales que la gobiernan	240
A) Criterio subjetivo.....	241
B) Criterio objetivo	241
C) Criterio mixto	242
5. Lesión enorme en el derecho colombiano	242
6. Temas vivos	248
A) Lesión enorme en contratos atípicos	248
B) Lesión enorme en contratos estatales	253
C) Lesión enorme en la venta de bienes muebles	254
7. Conclusión.....	255
8. Bibliografía.....	256

CAPÍTULO VII

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL
DEL INCUMPLIMIENTO
EN LOS CONTRATOS BILATERALES

RAFAEL ROMERO SIERRA

1. Incumplimiento de los contratos bilaterales.....	261
A) Postulado de la autonomía contractual.....	261
B) Fundamento de la fuerza obligatoria del contrato.....	264
2. Causas de disolución de los contratos	265
A) Mutuo consentimiento expreso de los contratantes o mutuo disenso expreso	265
B) La condición resolutoria tácita	267
a) Fundamento de la acción resolutoria	271
C) Mutuo incumplimiento de los contratantes o mutuo disenso tácito	276
3. Excepción de contrato no cumplido	282
4. Evolución reciente.....	298
5. Conclusiones.....	313
6. Bibliografía.....	315

CAPÍTULO VIII

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

	PÁG.
1. Introducción a una teoría de la interpretación del contrato	319
2. La interpretación en el derecho	321
A) Interpretación en las diferentes ciencias	321
B) Interpretación de la ley e interpretación del contrato	322
C) Interpretación del testamento	323
3. La interpretación del contrato en el derecho civil	324
A) La interpretación y el derecho civil	325
B) El objeto fundamental de interpretación	325
C) La autonomía de la voluntad y la interpretación del negocio jurídico	326
4. La norma interpretativa y su carácter	327
A) Origen de los preceptos interpretativos	327
B) La naturaleza jurídica de las normas interpretativas	328
C) Las normas interpretativas en el Código Civil	329
5. La interpretación del contrato en el Código de Napoleón	333
6. El destinatario de la norma interpretativa	335
7. La interpretación del contrato mercantil	336
8. La función interpretativa de los principios generales del derecho	338
9. La interpretación en el contrato por adhesión	342
10. La función interpretativa y su ataque en casación	350
11. La interpretación del contrato y los derechos fundamentales	352
12. Bibliografía	354

CAPÍTULO IX

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

LUIS CARLOS GAMBOA MORALES

1. Qué debe entenderse por extinción del contrato	357
2. Extinción de los contratos por agotamiento del objeto contractual	361
A) Pago de la obligación	361
B) Ejecución forzada del contrato	365
3. Extinción del contrato por el ejercicio de pactos incorporados por los contratantes contentivos de condiciones o plazos	367
A) Cláusulas condicionales	367
B) Extinción del contrato por vencimiento del plazo de duración convenido	369

	PÁG.
4. Extinción del contrato por la revocatoria unilateral de uno de los contratantes, convenida o legalmente autorizada	370
5. Los contratos se extinguen por cualquiera de las otras formas de extinción de las obligaciones.....	375
6. Extinción de los contratos por el mutuo acuerdo de las partes....	380
7. Extinción de los contratos por anulación o resolución.....	383
A) Anulación	383
B) Resolución del contrato	387
8. La imprevisión como causa de extinción de los contratos	391
9. Obligaciones poscontractuales o derivadas de la terminación del contrato	395
10. Conclusión.....	396
11. Bibliografía.....	398

CAPÍTULO X

LA VOLUNTAD EXPRESADA UNILATERALMENTE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

ARTURO SANABRIA GÓMEZ

1. Introducción.....	401
2. El acto jurídico unilateral	402
A) Algunos casos de expresión unilateral de voluntad como fuente de obligaciones	405
a) Oferta	405
b) Ratificación	411
c) Promesa de recompensa.....	416
d) Testamento	422
e) Aceptación de herencia o legado	428
f) Reconocimiento del hijo extramatrimonial	431
3. Los actos que siendo expresión de una parte no son actos jurídicos unilaterales fuente de las obligaciones. El caso de los cuasi-contratos	438
A) La agencia oficiosa.....	440
B) Pago de lo no debido	446
C) Comunidad	452
4. Conclusión.....	455
5. Bibliografía.....	456

CAPÍTULO XI

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

YOLIMA PRADA MÁRQUEZ

	PÁG.
1. Introducción.....	461
2. Noción	462
A) Visión filosófico-ontológica	462
B) Visión teleológico-hermenéutica.....	463
C) Visión jurídica	463
a) Sanción	463
b) Fuente de obligaciones	463
c) Otros	464
D) Visión económica.....	464
3. Origen y evolución. Derecho comparado.....	465
A) Antecedentes más remotos.....	465
B) En el derecho romano.....	465
a) La “condictio”.....	466
C) En la Edad Media.....	467
D) En el derecho moderno.....	467
4. Naturaleza jurídica y características.....	471
A) Como un principio general del derecho	471
B) Como fuente de obligaciones.....	472
C) Elementos constitutivos.....	475
a) Enriquecimiento patrimonial	475
b) Empobrecimiento correlativo	476
c) La ausencia de causa o falta de justificación o legitimación	478
D) ¿Cómo se considerarían los demás requisitos: el de la subsidiariedad y el que no sea en fraude a la ley?.....	481
5. “Actio in rem verso”.....	482
6. Relación con otras figuras	483
A) Con el principio de la buena fe.....	483
B) Con la equidad.....	484
C) Con el abuso del derecho	484
D) Con el pago de lo no debido.....	484
7. Líneas jurisprudenciales	485
A) Corte Constitucional.....	485
B) Corte Suprema de Justicia.....	487

	PÁG.
C) Consejo de Estado	491
D) Otros	495
8. Conclusiones.....	496
9. Bibliografía.....	498
Índice de autores	507
Índice de disposiciones	511
Índice de materias	517

CAPÍTULO I

FORMACIÓN DEL CONTRATO

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA*

1. INTRODUCCIÓN

Puede suceder que los contratos se formen de manera instantánea, es decir, sin que antes de su celebración las partes hubiesen agotado un período de discusión. En este caso, el contrato surge a partir de un acto único proveniente de ellas. Así ocurre con aquellas operaciones de escaso valor económico o que se encuentran estandarizadas¹, verbigracia, las que obedecen a relaciones de consumo.

Sin embargo, es usual que el acuerdo de voluntades sea el fruto de una serie de actos preparatorios que en forma progresiva conducen a los interesados a su conclusión, particularmente cuando es de alguna relevancia. En esta hipótesis, su perfeccionamiento está precedido por una etapa que les permite a los involucrados hacer estudios, deliberar, asesorarse, propiciar la intervención de terceros cuando a ella haya lugar (autorizaciones, permisos, conceptos); en fin, es el período más o menos prolongado que las partes destinan para reflexionar, discutir, establecer la conveniencia del pacto y fijar su contenido.

Desde esa perspectiva, los contratos de formación progresiva se perfeccionan al cabo de cualquiera de estos procesos típicos²: 1) mediante una fase previa de tratos preliminares, 2) por la exteriorización de una oferta y de su aceptación, 3) la invitación a un concurso, 4) la celebración de uno o más contratos preliminares y 5) mediante la adhesión a

* Exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura; profesor universitario; miembro de la firma VSM Abogados.

¹ LUIS DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil*, 5ª ed., vol. 1, Madrid, Civitas, 1996, pág. 269.

² DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 270.

las condiciones preestablecidas por otro. Solamente serán objeto de este estudio los tres primeros.

Débase advertir, en todo caso, que el designio que da lugar al negocio ha de manifestarse adecuadamente, ora de manera expresa, esto es, mediante la utilización del lenguaje (declaraciones verbales o escritas), o ya de forma tácita, cuando aflora por el comportamiento de la persona, en particular, con sustento en el significado jurídico que adquiere esa actividad del sujeto en la esfera de las relaciones sociales³, vale decir, la conducta socialmente típica; todo lo cual, por supuesto, a menos que el ordenamiento imponga una forma especial y restringida (C. C., arts. 1611, 1857, 2434, entre otros), o que reclame adicionalmente la entrega de la cosa (*ibid.*, arts. 2200, 2222, 2411).

Relativamente a la trascendencia del lenguaje en la formación del contrato, no deja de ser sugestiva la radical posición de NATALINO IRTI, que, partiendo de la estructura que denotan los códigos liberales, eleva el diálogo entre las partes como la verdadera característica del convenio. Señala IRTI⁴ que la primera manifestación de voluntad contractual es el lenguaje, que se manifiesta en la interacción de un círculo de preguntas y respuestas. Por consiguiente, la decisión unilateral de realizar un intercambio de bienes es el presupuesto esencial y previo para entrar en ese círculo dialéctico, que es un intercambio lingüístico que conduce a la realización del contrato, de modo que “El intercambio de valores económicos es, al mismo tiempo, un intercambio de valores lingüísticos”⁵. Los acuerdos de ese modo logrados resultan de la utilización del lenguaje, motivo por el cual los códigos civiles les dan el valor a las expresiones comunes utilizadas por las partes, cobrando así las palabras un significado esencial en su concreción. Sin entrar a plantear acá una réplica a la posición vertical de IRTI⁶, sí vale la pena subrayar la trascendencia que las discusiones previas tienen en la formación del contrato en la concepción de la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

2. LA FASE DE LOS TRATOS PRELIMINARES

Es patente que los códigos decimonónicos no dedicaron ninguna importancia a la etapa precontractual, pues a lo sumo algunos consignaron

³ LINA BIGLIAZZI GERI y otros, *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 739.

⁴ NATALINO IRTI, “Intercambios sin acuerdo”, en *Estudios sobre el contrato en general*, Lima, ARA Editores, 2004.

⁵ *Ibid.*, pág. 317.

⁶ Para tal efecto puede leerse en el mismo libro la refutación de GIORGIO OPPO, “La deshumanización del Contrato”, *ibid.*, pág. 347 y ss.

disposiciones fragmentarias en torno a la oferta. En verdad, fueron las tesis de IHERING, FAGGELLA y SALEILLES las que luego, dieron lugar a la denominada *culpa in contrahendo*, orientada a determinar los deberes de conducta de quienes emprendían deliberaciones encaminadas a concretar un acuerdo de voluntades y a especificar las consecuencias que se derivan por el incumplimiento de ellos y por el rompimiento caprichoso de las negociaciones.

Los tratos preliminares comienzan cuando los interesados entran en contacto y emprenden conversaciones en torno a la celebración eventual de un contrato, asientan sugerencias, intercambian ideas en forma verbal, escrita o valiéndose de medios electrónicos, consignan propósitos, redactan actas o borradores, sin que esa actividad, que en todo caso no estructura por sí misma un negocio jurídico, sea jurídicamente irrelevante, pues es irrefragable que aquellos asumen concretos deberes de corrección, lealtad y, en general, de buena fe, cuyo incumplimiento compromete su responsabilidad civil.

Los más importantes principios⁷ que gobiernan esta etapa de la formación del contrato son, en síntesis, el de la libertad de contratación, el de la buena fe y el de no lesionar a otros. Respecto al primero, es claro que las partes no están fatalmente obligadas a contratar por el mero hecho de haber entablado tratos preliminares; desde luego que de ser de ese modo las cosas, las mismas libertades fundamentales sufrirían menoscabo, amén que toda iniciativa de emprender negociaciones se evitaría con miras a no asumir ningún riesgo, al paso que se afectarían las reglas del mercado, todo esto en detrimento del enunciado conforme al cual los actos de disposición de intereses particulares tienen como derrotero la autonomía de la voluntad. Empero, esto no significa que le sea dado a una de ellas apartarse arbitrariamente de las negociaciones, traicionando de ese modo la confianza legítima que con su obrar hubiere generado en la otra; por supuesto que todos los esfuerzos, expectativas y planes que abrigan los interlocutores no pueden frustrarse inicua y simplemente, en el principio de la libertad contractual, pues aquellos deben ajustar su conducta al principio de la buena fe. Significa que cuando alguien abusa de la facultad de no cerrar el convenio, es decir, cuando abandona abruptamente los tratos previos sin que medien circunstancias que razonablemente lo justifiquen⁸,

⁷ JORGE MOSSET ITURRASPE y OTRO, *Responsabilidad precontractual*, Santafé, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, pág. 29.

⁸ En todo caso, valga subrayar la tendencia del *common law* orientada a flexibilizar esta regla al establecer que el principio de la libertad de negociación no puede ser se-

se impone dejar de lado el postulado de la libertad que se tiene para contratar y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, concretamente, en el ámbito precontractual⁹.

A) *Deberes secundarios de conducta*

En el sistema jurídico patrio la buena fe puede examinarse desde tres perspectivas distintas: primeramente, desde un punto de vista subjetivo, en cuyo caso es necesario reparar en la convicción interna con la que la persona actúa en determinadas circunstancias, corolario de la cual es la posibilidad de crear derechos, en virtud de que el sujeto obra con el convencimiento sensato e inculpable de que su comportamiento no es contrario al ordenamiento. A ella aluden, por ejemplo, los artículos 768, 964 y 1634, entre otros, del Código Civil.

Desde otra perspectiva, que suele denominarse objetiva, la buena fe se vislumbra como “un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agraviar los intereses jurídicos ajenos”¹⁰. En esta función genera deberes y prohibiciones como las que impiden abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios.

Por último, ella se erige como un criterio de interpretación de los contratos, con un carácter superlativo cuando se trata de negocios de adhesión o con cláusulas predispuestas, en cuyo caso es la más eficaz y equitativa regla hermenéutica.

En los tratos preparatorios la buena fe impone unos deberes negativos (y positivos) que cardinalmente se resumen en la abstención de incurrir en incorrecciones dañosas que lesionen a la contraparte, obligando a desplegar actitudes leales y de mutua cooperación, so pena de incurrir en responsabilidad por culpa *in contrahendo*. En ese sentido

veramente restringida, a menos que la ruptura de los tratos obedezca a la intención de causar un daño o a la mala fe de quien se aparta.

⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 de marzo de 1998, M. P. Rafael Romero Sierra.

¹⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 de febrero de 2005, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

se decanta la poca normativa europea que existe sobre el particular (arts. 227 del C. C. portugués y 1337 del italiano)¹¹.

Los deberes precontractuales emergen de la relación que, por virtud del contacto social, surge entre las partes con miras a preparar el contenido del contrato futuro. Por tanto, la doctrina germánica equipara la relación precontractual con una relación de confianza que, además de ser elemento esencial de aquella, alcanza a todo el decurso del proceso contractual, imbuido en el concepto de la buena fe objetiva. De ella nace un modelo de comportamiento de imposible formulación legal que, fincado en bases teóricas asentadas y consolidadas durante las décadas de 1920 y 1930, especialmente por la doctrina alemana, vive en “las creencias y en la conciencia social y a que deben ajustarse los comportamientos individuales”, conducta que es exigible a las partes que entran en negociaciones porque, de ahí emerge la obligación de cumplir con deberes secundarios de conducta que de ser violados, implican responsabilidad *in contrahendo*¹².

Por consiguiente, desde el momento en que las partes se involucran en negociaciones preliminares asumen ciertos deberes de información, claridad, confidencialidad, corrección y lealtad, entre otros, derechamente entroncados con el carácter normativo del principio de la buena fe.

a) *Aspectos relativos al deber de información en el ámbito precontractual*. Controlar y manipular la información son actos que expresan poder de manera tangible y que en cierto contexto pueden comprometer la responsabilidad de los sujetos que lo hacen para inducir en error a otros, directamente o con la intermediación de proveedores¹³. Si bien el añejo principio *caveat emptor* facultaría a los futuros contratantes a guardar silencio sobre ciertos aspectos del negocio y, subsecuentemente, a liberarlos de responsabilidad por abstenerse de suministrar información a la parte contraria, lo cierto es que en la actualidad ese enunciado tiene un alcance bastante relativo, de modo que no son pocas

¹¹ VLADIMIR MONSALVE CABALLERO, *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*, Bogotá, Ibáñez, Biblioteca de Tesis Doctorales, 2010, pág. 125.

¹² En ese sentido, MONSALVE CABALLERO, *ibid.*, págs. 135 y ss.

¹³ CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS y otra, “El moderno contenido de la responsabilidad precontractual a partir de las relaciones de consumo”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Alerini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 416.

las hipótesis en las que, tanto en el ámbito precontractual como en el contractual, los involucrados están obligados a suministrar al otro información veraz y completa, particular, pero no exclusivamente, cuando se trata de relaciones de consumo o uno de ellos es un profesional en la materia y el otro no lo es.

Así las cosas, como lo ha subrayado la Corte Suprema colombiana, no son indiferentes al ordenamiento las indicaciones engañosas o, en su caso, la reticencia de los contratantes en la fase preliminar de las negociaciones, puesto que dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en cuanto al objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta sustancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten. Bien puede acontecer, entonces, que por estar compelido uno de los negociantes a suministrar ciertas informaciones, débito cuya existencia se juzga, cuando las partes o ley no la determinan, atendiendo consideraciones de diversa índole, como la naturaleza del proyecto o las calidades de sus intervinientes, omita hacerlo o lo haga con graves inexactitudes, esa incorrección repercute en una responsabilidad civil del infractor; o, por el contrario, puede suceder que, ora porque así lo prescribe de manera expresa la ley (de lo cual es ejemplo el art. 1057 del C. de Co.), o porque concierne con los móviles determinantes del contrato conocidos por la contraparte, la incorrección despunte en una nulidad relativa del negocio jurídico finalmente acordado. Todo esto, sin dejar de lado aquellas hipótesis en las que la malintencionada manipulación de la información de parte del contratante se trastoque en dolo que vicie el consentimiento del otro¹⁴.

Lo cierto es que se trata de un deber fundado en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de los tratos preliminares, con quien se halla disminuido respecto a la persona que dispone de la información¹⁵, y que puede consistir en una prestación

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 de abril de 2001, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

¹⁵ RUBÉN S. STIGLITZ, *Contratos civiles y comerciales*, t. 1, Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, pág. 165.

de carácter *positivo*, concretamente en la obligación de suministrar una información por el que la conoce y quien, por ende, es consciente de la relevancia que para su interlocutor ella podría tener en el plano de la formación de su consentimiento; o puede asumir un carácter *negativo*, en la medida en que el deudor de esa prestación debe abstenerse de mentir o de hacer manifestaciones sin tener certeza de lo que informa.

En cierta forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consagra en abstracto el derecho a estar informado al prescribir en el artículo 19 que el derecho a la libertad de opinión y de expresión envuelve el de “recibir informaciones y opiniones”. En el ámbito nacional tiene fundamento legal en la disposición del artículo 863 del Código de Comercio, conforme al cual “las partes deberán proceder de buena fe en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. Igualmente en el artículo 871 *ibidem*, en cuanto establece que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y, en consecuencia, obligarán no solo a lo expresamente pactado en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”. En materia civil, el artículo 1603 del Código prescribe que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella”.

En materia de protección al consumidor, el artículo 78 de la Constitución Política refiere concretamente a él, al deferir a la ley la regulación concerniente con la información que debe suministrarse al público respecto de la comercialización de bienes y servicios; otro tanto hace la ley 1480 de 2011.

En fin, en la etapa prenegocial los interlocutores se deben recíproca lealtad y consideración, de manera que una oportuna, completa y ajustada información es parte del núcleo de los deberes de corrección de esa fase de formación del negocio jurídico, exigencia que los compromete a favorecer el desenvolvimiento de los tratos preliminares sin dañar injustamente las recíprocas y legítimas expectativas¹⁶, primordialmente en las relaciones de consumo, habida cuenta de que los fenómenos de masificación, globalización, celeridad y sofisticación que la caracterizan han aparejado la aparición de un grupo de sujetos (productores, empresarios, profesionales) con un alto poder económico de negociación, conocedores de la ciencia y la tecnología, capaces de

¹⁶ STIGLITZ, *op. cit.*, pág. 167.