

# Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles\*

JORGE OVIEDO ALBÁN\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objeto analizar la aplicación de las reglas del Código Civil a las obligaciones y contratos mercantiles en el derecho colombiano. Para ello, el autor se refiere a una pregunta frecuente en la doctrina, consistente en determinar si en los casos en que el Código de Comercio no contenga ninguna disposición en asuntos relacionados con obligaciones y contratos, debe o no aplicarse el Código Civil. Además de una revisión de los diferentes planteamientos doctrinales, se analizan los fallos de la Corte Suprema de Justicia.

**PALABRAS CLAVE:** obligaciones civiles y comerciales, contratos civiles y comerciales, aplicación de normas civiles, actos de comercio.

*Once more on the application of civil law rules to commercial obligations and contracts*

**ABSTRACT:** It is the purpose of this article to analyse the application of Civil Law with regards to obligations and commercial contracts in Colombian law. The author will refer to a question that frequently arises in doctrinal discussion: determining whether Civil Law should apply in the cases in which the Commercial Code does not provide

\* Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2013. Para citar el artículo: OVIEDO, J. "Una vez más sobre la aplicación de las normas civiles a las obligaciones y contratos mercantiles", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 81-107.

\*\* Doctor en Derecho y magíster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Abogado y especialista en Derecho Comercial por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor y director de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios en la Universidad de La Sabana (Colombia).  
Contacto: [jorgeoa@unisabana.edu.co].

provision in matters related to obligations and contracts. In addition to a literature review of the various positions held by authors who have studied the topic, the Supreme Court of Justice's rulings will be analysed.

KEYWORDS: Civil and commercial obligations, civil and commercial contracts, the application of civil law provisions, commercial transactions.

## INTRODUCCIÓN

Resulta curioso que cuarenta años después de la expedición del Código de Comercio de 1971 no haya cesado la discusión en torno a uno de los temas que más debates suscitó desde un comienzo dicho estatuto, como es el relacionado con la regla general de la consensualidad para el perfeccionamiento de los contratos mercantiles, regla consagrada en su artículo 824, y con la cuestión referida a si la misma excluye o no la aplicación de las normas del Código Civil que consagran determinadas formalidades para ciertos contratos. Las diversas posturas han surgido a partir de una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, de 1981, la cual determinó que el contrato de promesa comercial no está sometido para su perfeccionamiento a la misma formalidad que el Código Civil exige para el contrato de promesa. No obstante, durante los más de treinta años posteriores a dicha sentencia, otros fallos de la misma Corte, dictados a propósito de otros tipos de contrato comercial, como el de mutuo y el de depósito, han establecido que los contratos comerciales se rigen por las normas civiles que establecen determinadas formalidades para su perfeccionamiento, en los eventos en que el Código de Comercio guarde silencio al respecto.

Este trabajo tiene por objeto analizar críticamente los argumentos de las diferentes posturas sobre la consensualidad de los contratos comerciales, con el fin de establecer el estado actual del debate doctrinal y jurisprudencial existente en Colombia. En un primer punto se hará relación a la jurisprudencia que ha admitido la libertad de formas en el contrato de promesa comercial. Posteriormente, se revisarán los fallos que han establecido la formalidad de los contratos de mutuo y de depósito, y se procederá a comparar y valorar tales argumentos, con el fin de establecer cuál es la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia en torno a si deben o no aplicarse las reglas civiles a los contratos comerciales, en los casos en que las normas del Código de Comercio no consagren formalidades para la expresión del consentimiento.

Para lograr tal cometido, este artículo se divide de la siguiente manera: en una primera sección, se hace alusión a la sentencia de 1981 en la que la Corte Suprema de Justicia asumió que el contrato de promesa comercial no requiere formalidades para su perfeccionamiento, e igualmente se incluirán algunas valoraciones sobre los argumentos expresados en el fallo (i). En una segunda sección, se hace referencia a

los fallos que han establecido la aplicación de las normas civiles al perfeccionamiento del contrato de mutuo mercantil (II). Posteriormente, se alude a la jurisprudencia que ha determinado la aplicación de las normas civiles al perfeccionamiento del contrato de depósito mercantil (III). Con base en todo lo anterior, finalmente, se incluyen unas conclusiones generales y reflexiones sobre el papel del juez en la interpretación legal. Al final se añade una relación de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales que han servido para la estructuración de este trabajo.

## I. LA CONSENSUALIDAD DE LA PROMESA COMERCIAL

En los puntos siguientes se hace referencia a los hechos y argumentos que llevaron a la Corte Suprema de Justicia a concluir que cuando el Código de Comercio no establece reglas que consagren formalidades sobre el perfeccionamiento de los contratos mercantiles, estos son consensuales. A continuación de ello, se procede a analizar críticamente los argumentos de la jurisprudencia.

### 1. La jurisprudencia sobre la consensualidad de la promesa comercial

El presente acápite tiene por objeto identificar el problema que han generado las diversas posturas anunciadas y que se evidencia en el caso que se procede a analizar<sup>1</sup>. El artículo 1611 C.C. exige que el contrato de promesa sea celebrado por escrito, además de cumplir con otros requisitos enumerados en la norma. Por su parte, el artículo 861 C.Co. no establece nada en relación con la forma como debe perfeccionarse la promesa mercantil, razón que ha llevado a formular la pregunta de si en dicho evento debe aplicarse la misma formalidad civil o si se trata por el contrario de un contrato consensual<sup>2</sup>. La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre este tema por primera vez en un fallo de 1981, que se describe a continuación<sup>3</sup>.

Entre una sociedad constructora y una persona natural (no comerciante) se había celebrado un acuerdo verbal por medio del cual esta última pagó una suma

1 Algunos de los aspectos tratados en este artículo han sido considerados previamente en OVIEDO ALBÁN, JORGE, *El contrato de promesa en el Derecho Privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Depalma, Ibáñez, Bogotá, 2010, pp. 111 a 133.

2 Cfr., sobre el particular, los comentarios de ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, 13.ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2012, pp. 29 a 35; ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios civiles y comerciales II, El contrato*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, pp. 518 a 522. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, "El problema de la consensualidad de la promesa mercantil de celebrar contrato", en *Vniuersitas*, 63, (1982), pp. 327 a 343. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, "El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato "veinte años después", en JOSÉ ALPINIANO GARCÍA MUÑOZ; JORGE OVIEDO ALBÁN (coords.), *Estudios de Derecho Económico. Instituciones de Derecho Comercial*, Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 265 a 277. NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles*, Legis, Bogotá, 2002, pp. 133 a 136.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de noviembre de 1981, M.P.: ALFONSO GUARÍN ARIZA, G.J., CLXVI, 2407, p. 610.

de dinero por "separar" un apartamento que la constructora le vendería<sup>4</sup>. Con posterioridad a ello, se firmó un documento privado en que la constructora declaraba haber recibido una suma por el concepto mencionado<sup>5</sup>.

La constructora demandó la nulidad del que denominó "contrato de promesa de venta" contenido en documento privado, por considerar (entre otras cosas) que el inmueble no se encontraba identificado plenamente y tampoco se había fijado la fecha de celebración del contrato prometido<sup>6</sup>. La demandada presentó reconvencción y como pretensiones principales solicitó que se obligara a la parte reconvenida a celebrar el contrato prometido de venta y en subsidio el de promesa, la cual fue acogida en primera instancia. El tribunal de apelación desestimó las pretensiones de la demanda y la reconvencción, al considerar que las partes no habían celebrado contrato de promesa, razón por la cual no podía declararse nulo pues nada había nacido a la vida jurídica. Las dos partes recurrieron la sentencia del tribunal en casación.

En la sentencia referida, la Corte procedió a analizar los cargos sobre los que se fundamentó el recurso de casación de la demandante, consistentes en alegar la violación directa por falta de aplicación, entre otros, de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 (sobre requisitos del contrato de promesa) y 1740 y 1741 C.C. (sobre causales de nulidad de los contratos). Por su parte, el demandante en reconvencción alegó falta de aplicación del artículo 861 C.Co. y sostuvo que dicha norma al regular el contrato de promesa comercial no exige requisito o formalidad alguna, por lo cual debía la Corte reconocer que sí se había celebrado contrato de promesa.

A continuación se hace referencia a algunos de los apartes más significativos de la sentencia y se destaca la regla de interpretación utilizada en cada caso.

La Corte, al analizar los hechos de la demanda, combinó elementos de interpretación gramatical, lógica y sistemática, e incluso acudió a razones históricas, para concluir que el contrato de promesa comercial es consensual<sup>7</sup>. En efecto,

- 4 Es una práctica común la que existe en Colombia, consistente en que antes de celebrar contrato de promesa y de venta de inmuebles, el futuro comprador paga una suma de dinero a cambio de "separar", que es como se denomina la práctica, el bien objeto de la negociación.
- 5 La construcción es considerada como actividad mercantil en el Código de Comercio colombiano: cfr. artículo 20, numeral 15. Igualmente el Código se basa en un criterio objetivo de mercantilidad para determinar su campo de aplicación, con independencia de ser las partes o no comerciantes (cfr. art. 11), y además consagra un criterio mixto consistente en que si el acto fuere mercantil para una de las partes y no para la otra, de todas formas se registrará por la ley comercial (cfr. art. 22). Sobre esta base es que la Corte aplicó la legislación comercial al caso objeto de controversia. Cfr. Corte Suprema de Justicia, 13 de noviembre de 1981, cit.
- 6 Cfr. arts. 1740 y 1741 C.C. col. y 89 de la Ley 153 de 1889 que subroga el 1611 sobre contrato de promesa.
- 7 Para todos los efectos de su mención en este trabajo, cabe señalar que los criterios de interpretación aparecen regulados en el Código Civil colombiano, concretamente en los artículos 27 (histórico), 28 (gramatical) y 30 (sistemático). La doctrina colombiana, tanto en materia civil como comercial, ha reconocido de tiempo atrás que estos criterios no solo

estableció la Corte que las partes sí habían celebrado un contrato de promesa de venta, toda vez que habían acordado los elementos del contrato prometido, como son la cosa y el precio. En sus consideraciones, señaló que el artículo 861 C.Co. no reprodujo los requisitos contenidos en la norma civil, "omisión de la cual se puede inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contratar"<sup>8</sup>.

La Corte se basó en una interpretación gramatical, al señalar que la norma en cuestión no consagra ningún requisito para la celebración del contrato de promesa, sino solamente los requisitos que deberá cumplir el contrato prometido. Acudió además la Corte a un argumento histórico al afirmar:

El texto comercial así redactado constituye, en efecto, una aproximación casi total al artículo 1733 del Proyecto de 1853, elaborado por Bello; ordenamiento que a su turno se conformaba con el principio fundamental según el cual las obligaciones nacen del solo consentimiento de las partes, o "en cualquiera manera que uno se quiso obligar a otro", conforme lo enseñaban la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 y posteriormente el Libro X de la Novísima Recopilación. Dicho artículo era del siguiente tenor: "La promesa de celebrar un contrato, especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeto a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldrá al contrato mismo. La promesa de un contrato que las leyes declaran ineficaz, no tendrá valor alguno". La opinión no fue aceptada por la Comisión redactora, dándose en el Código Civil de Chile redacción que tiene el artículo 1554 hoy vigente, el cual fue más o menos reproducido en el 89 de la Ley 153 de 1887, que derogó el 1611 de nuestro Código Civil. [...] El artículo 861 del Código de Comercio coincide en lo fundamental con el anotado del proyecto de Bello, y esa identificación necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y que reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general<sup>9</sup>.

Por otro lado, utilizó los métodos lógico y sistemático al analizar el sentido que el artículo 861 puede tener en el contexto del Código de Comercio. En efecto, la Corte estableció:

El mencionado criterio se refuerza con lo previsto en el artículo 119 del estatuto comercial, en cuanto ordena que "La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110" [...]. Si el Código de Comercio hubiera seguido la legislación civil

se aplican a la interpretación del Código Civil, sino a las leyes en general. Cfr. PINZÓN, GABINO, *Introducción al Derecho Comercial*, 3.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 1985, p. 90. VALENCIA ZEA, ARTURO, *Derecho Civil*, t. 1, *Parte general y personas*, 12.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 1989, p. 105.

8 Corte Suprema de Justicia, 13 de noviembre de 1981, cit.

9 *Ibíd.*

en esta materia, no se vería el porqué de las solemnidades exigidas por esa norma, particularmente el escrito<sup>10</sup>.

Es decir, la Corte planteó la relación que puede haber entre los artículos 861 y 119 C.Co. para concluir que si en una modalidad especial de contrato de sociedad el Código consagró una formalidad que no aparece reproducida en el artículo 861, significa que los contratos de promesa comerciales en general son consensuales. Adicionalmente, se apoyó en la lectura del artículo 824 C.Co. que establece:

Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad.

La Corte entendió este artículo en el sentido de que, en caso de que las normas mercantiles no consagren reglas que impongan determinada solemnidad para la celebración de los contratos, significa que estos son consensuales. Según esto, consideró que si el artículo 861 C.Co. nada estableció en relación con la forma para celebrar contratos de promesa comerciales, significa que esta no se requiere.

Como se puede advertir, al analizar los artículos 861, 824 y 119 C.Co. la Corte utilizó los criterios gramatical, lógico y sistemático de interpretación legal. Además, intentó basarse en un criterio histórico al señalar que de esta forma el Código de Comercio estaría reproduciendo el pensamiento del codificador civil, y que si la norma comercial objeto de la cuestión no reprodujo las formalidades exigidas para el contrato de promesa civil es porque el legislador quiso que los contratos de promesa comerciales fueran consensuales. Dicho de otra forma: estableció el pensamiento del legislador, no acudiendo a la historia del establecimiento de las normas comerciales, sino por deducción.

Finalmente, la Corte consideró que el contrato de promesa de venta, que sí se había celebrado entre las partes, era nulo, pues no se había fijado en él la fecha ni la notaría en la cual se debía celebrar el contrato prometido, por lo que condenó al demandante a devolver a la demandada la suma de dinero que esta había entregado al celebrarse el acuerdo que originó la disputa. Nótese que aquí la Corte sí aplicó otros de los requisitos señalados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1889, consistentes en la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de celebración del contrato prometido. A tal conclusión llegó no por aplicación de la norma civil, sino al deducirlo de la naturaleza del contrato de promesa que está llamado a ser un contrato temporal cuya finalidad es asegurar la celebración del contrato posterior, tal como lo afirma la Corte en la aludida sentencia, así:

10 *Ibíd.*

Desde luego, los contratantes no pueden quedar vinculados por ella de manera intemporal, porque contradice sus efectos jurídicos que no son, de ninguna manera, indefinidos o perpetuos. Lo cual obliga a deducir, por vía de doctrina, que no obstante la consensualidad de la promesa mercantil, ella indubitablemente debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, como un elemento constitutivo del instante o momento que es menester para ello y como medio certero para establecer el cuándo del cumplimiento de esa obligación de hacer, so pena de que no produzca efecto alguno<sup>11</sup>.

Este argumento no es del todo coherente con el anterior. En efecto, el artículo 861 no exige que en la promesa se fijen las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales debe celebrarse el contrato prometido, como tampoco señala la formalidad que debe observar el contrato de promesa. Para este último requisito encontré una solución en la legislación comercial, que es la consensualidad, y para los otros aceptó (aunque no haciendo remisión expresa a ellos, sino por analogía) los demás requisitos de la legislación civil.

Cabe señalar que la conclusión acerca de la consensualidad de los contratos comerciales de promesa fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de casación del 12 de septiembre de 2000 en la cual se acogieron los mismos argumentos de la sentencia de 1981<sup>[12]</sup>.

En la doctrina, esta posición ha sido refrendada por algunos autores que al referirse al principio de consensualidad de los actos o contratos comerciales señalan que la existencia de formalidades en materia comercial solo puede tener excepción en una norma de naturaleza igualmente comercial, a tenor del artículo 824 C.Co.<sup>13</sup>.

11 *Ibíd.*

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de septiembre de 2000, M.P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, exp. C-5397, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

13 PÉREZ VIVES, ÁLVARO, "El principio de consensualidad en los negocios jurídicos mercantiles", en *Comentarios al Código de Comercio*, vol. 1, AA. VV., Colegas, Bogotá, 1980, pp. 215 a 216. Igualmente MARTÍNEZ NEIRA: "quien afirmara que la exclusión del principio puede estar dada por la aplicación directa de una norma civil, resquebrajaría radicalmente la especialidad del derecho comercial, invocando disposiciones del derecho común, frente a cuestiones reguladas con un carácter ecuménico por el derecho mercantil, para los actos de comercio, en contravención inequívoca de los arts. 1.º y 2.º del Código de Comercio": MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 42. Esta posición ya la había planteado el citado autor años atrás: cfr. MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO, "Es consensual la compraventa mercantil de inmuebles?", en *Revista de Derecho Mercantil*, 7, Bogotá, (1986), p. 54. Con una postura similar, MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO, "Principios generales del Derecho comercial", en *Derecho comercial en el siglo XXI*, JORGE OVIEDO ALBÁN (coord.), Universidad de La Sabana, Temis, Bogotá, 2008, pp. 26 a 31.

## 2. Valoración de los argumentos de la jurisprudencia

A continuación se hace referencia a los criterios de interpretación legal de forma conjunta, para asumir una posición respecto del problema planteado.

Como se vio en el punto anterior, la Corte Suprema de Justicia acudió, en el caso referido, a la interpretación gramatical para deducir el sentido de las normas respectivas, y agregó elementos de interpretación lógica y sistemática, que no obstante conducen a conclusiones distintas. La Corte Suprema asumió que de la lectura del artículo 824 C.Co., que reconoce el principio de consensualidad de los contratos, se deduce la solución al caso controvertido, y concluyó que si el legislador guardó silencio en el artículo referente al contrato de promesa es porque no quiso exigir formalidad alguna para su perfeccionamiento.

No obstante, cabe afirmar que la interpretación gramatical en este caso es errónea, al igual que la interpretación histórica, lógica y sistemática. Sobre la base del mismo artículo 824, se puede sostener que el contrato de promesa comercial también exige que se observe la solemnidad del escrito en su perfeccionamiento, como se requiere en materia civil. En efecto, la norma citada dispone que los contratos comerciales son consensuales a menos que una norma exija determinada solemnidad para su perfeccionamiento, en cuyo caso dichos contratos no se perfeccionarán mientras no se cumpla con la formalidad requerida. Ahora bien, lo que cabe pensar es que se trata de una solemnidad exigida por una norma comercial, por lo que la norma se entendería así: los contratos comerciales son consensuales, a menos que las normas comerciales exijan una determinada solemnidad.

También se puede afirmar que la lectura del artículo 824 no debe hacerse de manera aislada y descontextualizada de las otras normas que integran el Código de Comercio. Por ello, se debe acudir al artículo 822 *ibídem* que remite directamente a las normas civiles en caso de silencio de la ley comercial en temas relacionados con las obligaciones y contratos<sup>14</sup>. De esta forma, cuando el Código de Comercio guarda silencio frente a una determinada solemnidad (o cualquier otro asunto de los enumerados en el art. 822), se debe acudir a las normas civiles que las consagren, para concluir que los contratos comerciales son solemnes en caso de que una norma comercial lo exija; que puede ser, o bien una norma consagrada en el Código de Comercio, o en la legislación civil expresa y directamente invocada por el artículo 822 C.Co., o, como la misma Corte Suprema las califica en sentencia sobre contrato de mutuo a la que se hará referencia más adelante, en normas civiles mercantilizadas<sup>15</sup>.

14 MENDOZA insiste en afirmar que el artículo 822, que remite al Código Civil, encuentra como excepción el artículo 824, toda vez que, según el autor, cuando la primera norma citada pide acudir a dicho Código, es "a menos que la ley establezca otra cosa", y según él, esto es lo que sucede en la segunda: *ob. cit.*, p. 30.

15 En relación con este argumento, *cfr.* ARRUBLA PAUCAR, *ob. cit.*, pp. 29 a 31. BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *El contrato de promesa. La promesa de compraventa de bienes inmuebles*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1996, pp. 43 a 52. CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, *Dere-*

Vale la pena agregar que este argumento ha sido planteado por la doctrina, tanto del derecho civil como del derecho comercial, y que también ha sido aceptado por la jurisprudencia en otros eventos distintos al perfeccionamiento de los contratos. Así por ejemplo, al referirse a las reglas de los artículos 1946 a 1954 C.C. sobre rescisión de la compraventa de inmuebles por lesión enorme, BONIVENTO FERNÁNDEZ afirma su aplicación a la compraventa mercantil de inmuebles, por expresa remisión del artículo 822 C.Co.<sup>16</sup>. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de casación de 13 de diciembre de 1988, estableció que por disposición del artículo 822 C.Co. deben aplicarse las reglas civiles sobre escisión de los contratos, ante el silencio de las normas mercantiles<sup>17</sup>. Por su parte, también OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, al analizar la ratificación de las nulidades comerciales, afirman que las reglas civiles sobre

- cho Comercial. Actos de comercio, comerciantes y empresarios*, Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, pp. 127 a 146. CORREA ARANGO, GABRIEL, *De los principales contratos mercantiles*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1991, pp. 42, 87, 196, 313 a 315. CUBIDES CAMACHO, JORGE; PRADA MÁRQUEZ, YOLIMA, *Unidad del Derecho Privado en la regulación del acto jurídico. El saneamiento de la ineficacia*, Pontificia Universidad Javeriana, Ibañez, 2013, Bogotá, pp. 21 a 25. ESPINOSA QUINTERO, LEONARDO, *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1997, p. 196. GAVIRIA GUTIERREZ, ENRIQUE, *Lecciones de Derecho Comercial*, 2.ª ed., Díké, Medellín, 1987, p. 27. GÓMEZ MEJÍA, JAIME ALBERTO, *Contratos comerciales*, Ananké, Bogotá, 1980, pp. 4 y 5. HINESTROSA, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 1, 3.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 47 a 48. LEAL DÁVILA, ORLANDO, *Promesa de contrato, opción y preferencia*, Monografías Jurídicas 74, Temis, Bogotá, 1991, pp. 24 a 25. MUÑOZ LAVERDE, ob. cit., esp. pp. 269 a 274. PRADA MÁRQUEZ, YOLIMA, "Prólogo" a JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, *Aplicación del Derecho Civil a los asuntos de comercio y el principio de la consensualidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, pp. 21 a 27. VELÁSQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de Derecho Comercial*, 5.ª ed., Señal editora, Medellín, 2008, p. 85. Igualmente BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO, *Las obligaciones en el Derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2004, p. 64, quien, aunque sin hacer referencia al criterio remisionista mencionado, se expresa en pro de aplicar los requisitos del artículo 1611 C.C. a la promesa comercial. BARRERA TAPIAS, ob. cit., p. 64. En sentido contrario, GIL ECHEVERRY afirma que el artículo 822 no consagra una remisión directa, sino subsidiaria de las fuentes civiles: cfr. GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN, *Aplicación del Derecho Civil a los asuntos de comercio y el principio de la consensualidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p. 106.
- 16 BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 18.ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2012, p. 90. Respecto de la remisión por la vía del artículo 822 C.Co. a reglas civiles sobre otros aspectos puntuales como la transmisión de obligaciones, la cesión de créditos o modos de extinción de las obligaciones, cfr. CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, "Transmisión de las obligaciones. Visión panorámica y plan de trabajo", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, Marcela Castro de Cifuentes (coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 3; ÍD., "Transmisión de universalidades", *ibíd.*, p. 163; ÍD., "El pago o cumplimiento", *ibíd.*, pp. 205, 220 y 221; ÍD., "La remisión", *ibíd.*, p. 292; ÍD., "La imposibilidad de ejecución", *ibíd.*, p. 502, nota 52; ROMERO CRUZ, DIEGO ORLANDO, "Extinción de las obligaciones. Visión panorámica y plan de trabajo", *ibíd.*, p. 204.
- 17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, 13 de diciembre de 1988, G.J., t. CXII, n.º 2431, p. 303.

el particular se aplican a los asuntos mercantiles, por la vía ya mencionada del artículo 822 C.Co.<sup>18</sup>.

Adicionalmente, GABINO PINZÓN, al referirse a las innovaciones en materia de contratos del Código de Comercio, señala que ello no implica que queden sin aplicación los principios y reglas del Código Civil, que deben tenerse en cuenta a falta de reglas especiales mercantiles, según lo previsto en el artículo 822, reiterándolo en varias partes de su obra<sup>19</sup>. También FRANCISCO REYES, al ocuparse del contrato de promesa de sociedad regulado en el artículo 119 C.Co., señala que la norma citada excluye la aplicación de la regla civil en los asuntos que en la primera estén expresamente regulados. El autor precisa, no obstante, que la remisión explícita que el artículo 822 hace al derecho civil conlleva que:

Estas normas civiles, mientras no sean incompatibles o contradictorias con las contenidas en el Código de Comercio, son aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. Es por ello por lo cual deben considerarse aplicables a la promesa de sociedad de que trata el artículo 119 *ibídem*, aquellos requisitos previstos en el artículo 1611 del Código Civil, que no han sido expresamente invocados en la norma mercantil precitada<sup>20</sup>.

Por otra parte, si de indagar el criterio que tuvo en cuenta el legislador se trata, no basta acudir a antecedentes remotos de la legislación, como hizo la Corte en la sentencia sobre promesa, para concluir que el no establecimiento de formalidad alguna en el artículo 861 C.Co. obedece a que el legislador mercantil quiso reproducir el pensamiento del legislador civil, lo cual, además, resulta una inferencia falsa. En efecto, lo que cabría preguntar, más bien, y simplemente dentro del contexto de las normas citadas, es por qué razón el legislador comercial guardó silencio en determinados casos en punto de las formalidades para la perfección de algunos contratos, como los analizados en este escrito. La razón aparece de forma evidente: porque con el artículo 822 C.Co. quiso acudir a las normas civiles, a menos de regular allí mismo ciertos asuntos de forma distinta, como en efecto lo hace en repetidas ocasiones<sup>21</sup>. Resulta pertinente en este punto citar las palabras

18 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., Temis, Bogotá, 2005, p. 486.

19 Cfr. PINZÓN, ob. cit., pp. 54 a 55, 71, 80, 97, 228, nt. 1, 235 y 237, nt. 9. En el mismo sentido, en otro libro de su autoría: PINZÓN, GABINO, *Sociedades comerciales*, vol. 1, *Teoría general*, 5.ª ed., Temis, Bogotá, 1988, pp. 65, 83, 86, 203, 238, 411 y 412.

20 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho societario*, 1, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2006, pp. 100 a 101.

21 Como ejemplo de lo afirmado pueden citarse los siguientes casos: cuando se trate de obligaciones plurales, bien sea desde el punto de vista activo o pasivo y la obligación verse sobre un objeto divisible, la legislación civil dispone que se trata de obligaciones conjuntas. La legislación mercantil trata de forma diferente el punto, cuando hubiere varios obligados, al señalar en el artículo 825: "En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente". Otro caso que sirve como ejemplo es el de transmisión del riesgo del bien objeto del contrato. Así, mientras

de DUCCI CLARO quien, al analizar el criterio histórico de interpretación legal, considera que lo que se debe buscar es "la intención o el espíritu objetivo de la ley y no la intención subjetiva del legislador"<sup>22</sup>.

Conforme a esto, corresponde considerar que para establecer qué es lo que quiso el legislador se puede acudir a la historia fidedigna de la norma o a la intención o espíritu de la ley que pueden aparecer claramente manifestados en ella misma, tal como se establece en el artículo 27 C.C.:

Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Así entonces, lo que se propone es que en el artículo 822 C.Co. colombiano aparece el espíritu o sentido de la ley comercial para los casos en que la misma nada dispuso sobre las formalidades requeridas para el perfeccionamiento de ciertos contratos.

Además, si se quiere acudir a la historia fidedigna de la legislación, se debe tener en cuenta que esta precisamente fue la intención del legislador que preparó el Código de 1971, pues consta en sus antecedentes que se quiso efectivamente hacer una remisión directa a la legislación civil, y de esta forma evitar repeticiones innecesarias en las normas mercantiles. Así se expresó en la exposición de motivos del proyecto de 1958 que sirvió de base para la expedición del Código:

Las únicas disposiciones del Código Civil que se aplican en el mismo orden que corresponde a las disposiciones de la ley comercial son las que esta invoca expresamente, con lo cual no es que dejen de ser normas de derecho civil para convertirse en normas de derecho comercial, sino que, como reglas de derecho común, adquieren una prelación u orden de aplicación que no tendrían sin esa invocación expresa de la ley mercantil,

el Código Civil señala en los artículos 1607 y 1876 que el riesgo por pérdida fortuita de la cosa lo asume el acreedor desde el momento de perfeccionamiento del contrato respectivo, la ley comercial dispone (arts. 929 y 930 C.Co., ubicados en el capítulo sobre compraventa) que el riesgo se traslada al acreedor en el momento de la entrega. Sobre cuestiones de obligaciones y contratos que tienen una regulación similar o diferente en los códigos Civil y de Comercio, cfr. SUESCÚN MELO, JORGE, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. 1, 2.ª ed., Universidad de los Andes y Legis, Bogotá, 2003, pp. 11 a 90. Ahora, este tema evidencia un aspecto que aunque ha recibido voces favorables en la doctrina colombiana, dista tal vez de ser una realidad legislativa, y es el de la unificación del régimen de obligaciones y contratos, el que, de efectuarse, evitaría sin duda estas discusiones y contribuiría a superar una dicotomía entre el régimen civil y comercial, que aunque con causas históricas, actualmente resulta anacrónica. Cfr. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, SAS. *La sociedad por acciones simplificada*, 3.ª ed., Legis, Bogotá, 2013, p. xxviii.

22 DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, reimpr., Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 129.

porque satisfacen las conveniencias de la vida de los negocios o porque corresponden a cuestiones en las que no es necesario romper la unidad orgánica del derecho privado<sup>23</sup>.

De forma adicional, cabe indicar la posición de CUBIDES CAMACHO, para quien deben tenerse en cuenta dos argumentos adicionales para concluir que la promesa comercial también requiere celebrarse por escrito: de un lado, los efectos prácticos y probatorios, y de otro, la costumbre, puesto que como indica el autor, es usual que los contratos de promesa comercial se celebren por escrito<sup>24</sup>.

Valga anotar además que en algunas codificaciones comerciales extranjeras se ha incluido una disposición similar a la consagrada en el artículo 822 C.Co. Así por ejemplo, en España, el artículo 50 C.Co. establece:

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.

BROSETA y MARTÍNEZ, al explicar el sentido de esta norma, además del artículo 2.º de dicha codificación, que establece que los actos de comercio se regirán por las disposiciones de dicho Código, en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambos por las reglas del derecho común, afirman que los llamados que hace dicho estatuto al régimen civil son diferentes, toda vez que en materia de contratos las disposiciones civiles adquieren prevalencia, salvo en lo que estuviere regulado en las mercantiles<sup>25</sup>. También VICENT CHULIÁ,

- 23 MINISTERIO DE JUSTICIA, *Proyecto de Código de Comercio*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1958, p. 14. En el mismo sentido consta en las actas de la Comisión que preparó el Código, tal como aparecen reseñadas en NARVÁEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 199 a 202.
- 24 CUBIDES CAMACHO, JORGE, "Los actos jurídicos preparatorios del contrato: promesa, opción, preferencia y otros", en *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Marcela Castro de Cifuentes (coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 772.
- 25 BROSETA PONT, MANUEL y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de derecho mercantil*, 19.ª ed., vol. 1, Tecnos, Madrid, 2012, p. 67. En igual sentido, entre otros: RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO, "Fuentes del Derecho Mercantil", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Guillermo L. Jiménez Sánchez (coord.), 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 52. URÍA, RODRIGO, *Derecho Mercantil*, 28.ª ed., Marcial Pons, 2001, p. 18. Puede verse en la doctrina española un detallado análisis sobre las teorías sobre las relaciones entre el Derecho Civil y el Mercantil en DE EIZAGUIRRE, JOSÉ MARÍA, *Derecho mercantil*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 121 a 145. También en España, en la doctrina se escuchan voces tendientes a la unificación de los dos regímenes, como mecanismo para superar los debates teóricos y prácticos sobre la naturaleza civil o comercial de los contratos. Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, "Introducción al Derecho de contratos", en *Tratado de contratos*, t. 1, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), NIEVES MORALEJO IMBERNÓN y SUSANA QUICIOS MOLINA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 107. En Francia, sobre el carácter de fuente principal del Código Civil en materia de contratos cfr. COLLART DUTILLEUL, FRANÇOIS Y DELEBECQUE, PHILIPPE, *Contrats civils et commerciaux*, 8.ª ed., Dalloz, Paris, 2007, p. 12. En el derecho argentino cfr. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Contratos civiles, comerciales, de*

al analizar el régimen de fuentes del derecho mercantil español, se refiere a las funciones que el derecho común o civil cumple frente al primero, y encontrando apoyo en los artículos 2 y 50 referidos, afirma que las funciones que aquel cumple son dos: la primera, como derecho integrador de la ley mercantil, lo que sucede en el artículo 50 en materia de contratos, y la segunda, como derecho supletorio, a falta de solución en la ley mercantil, según lo prevé el artículo 2<sup>[26]</sup>. Como se advierte, el tema y sus soluciones son idénticos al caso colombiano que se comenta.

## II. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE MUTUO MERCANTIL

Como se ha señalado en la introducción, en la jurisprudencia de la Corte Suprema existe una incongruencia, toda vez que la misma, al solucionar un problema similar relacionado con la celebración de un contrato de mutuo comercial, ha establecido que ante el silencio de la norma mercantil debe acudir a la del Código Civil que requiere la entrega de la cosa objeto del contrato para que este nazca a la vida jurídica<sup>27</sup>. El caso es el siguiente.

El Código de Comercio colombiano regula el contrato de mutuo en los artículos 1163 a 1169. En dichas normas nada se establece en cuanto a la forma de perfeccionamiento de dicho contrato, por lo cual surge la inquietud advertida en la parte introductoria de este trabajo, referida a determinar si deberá aplicarse el artículo 2222 C.C. que establece que el mutuo civil es un contrato real que requiere para su perfeccionamiento la entrega del bien objeto del mismo o si, por el contrario, se trata de un contrato consensual para el que basta el acuerdo entre las partes<sup>28</sup>.

La Corte Suprema resolvió el anterior interrogante mediante sentencia de casación de 27 de marzo de 1998 a la que se alude en los párrafos que siguen.

- consumo. *Teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 109 a 113. IBÁÑEZ, CARLOS MIGUEL, *Derecho de los contratos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2010, pp. 62 a 64. STIGLITZ, RUBÉN S. y STIGLITZ, GABRIEL A., "Unificación de los contratos civiles y comerciales", en *Contratos. Teoría general*, t, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 17 a 23.
- 26 VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho mercantil*, 13.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 65. De una manera similar en la doctrina argentina, aunque asume que es un tema discutido: ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, *Derecho comercial y económico, parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 118.
- 27 La incongruencia de la jurisprudencia ya había sido destacada con anterioridad por MUÑOZ LAVERDE, en estudio donde relaciona las sentencias en las que se decide sobre la consensualidad del contrato de promesa comercial y la perfección del contrato de mutuo comercial mediante entrega de la cosa: cfr. ob. cit., pp. 274 a 277.
- 28 En la doctrina, RODRÍGUEZ AZUERO se inclina por la posición que asume que el contrato de mutuo mercantil es real: cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, *Contratos bancarios, Su significación en América Latina*, 6.ª ed., Legis, Bogotá, 2009, p. 465. Con una posición distinta y crítica de la jurisprudencia que ha afirmado que el mutuo mercantil es real, MENDOZA RAMÍREZ, ob. cit., pp. 30 a 31.

Una persona natural demandó a una entidad financiera por incumplimiento de la obligación de entregar una suma de dinero objeto de un contrato de mutuo que según el demandante fue celebrado de forma verbal. Adicionalmente, se pidió condenar a la entidad demandada a pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados por el incumplimiento del contrato, dado además que el demandante incumplió las obligaciones de otros contratos que habían sido celebrados con terceros bajo la expectativa de recibir el dinero objeto del contrato de mutuo. La entidad demandada se opuso a las pretensiones del demandante alegando, entre otras razones, falta de legitimación activa, inexistencia de la obligación y de los perjuicios aludidos<sup>29</sup>.

La sentencia de primera instancia acogió las excepciones propuestas por la entidad demandada. El tribunal de apelación negó las pretensiones del actor y lo condenó a pagar las costas judiciales causadas en la segunda instancia. El demandante interpuso demanda de casación contra la sentencia del tribunal.

La Corte procedió a considerar los cargos por los cuales se acusó a la sentencia del tribunal de apelación, entre los que se encontraban el de falta de aplicación de algunas disposiciones del Código de Comercio (entre ellas los artículos 822, 824 y otros), y el de aplicación indebida del artículo 2° C.Co. y otros.

El casacionista señaló como argumento, para que la Corte reconociera la falta de aplicación y la indebida aplicación de las normas respectivas, que al no establecer el Código de Comercio ninguna formalidad para la perfección del contrato de mutuo, significa que este es consensual, apoyándose para ello en el artículo 824 de dicha codificación que consagra el principio de consensualidad.

La Corte, en sus consideraciones, estableció que el problema discutido tenía que ver con un tema de fuentes del derecho comercial colombiano, reguladas en los artículos 1.° a 9.° C.Co., sistema que faculta al fallador a acudir en primer lugar a las normas mercantiles; y a falta de solución directa o analógica, a la costumbre que resultaría de aplicación preferente a las normas del Código Civil, que por vía subsidiaria son aplicables para llenar los vacíos de la ley comercial, conforme a lo establecido en el artículo 2.° C.Co. Agregó además la Corte: "Sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de ésta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas"<sup>30</sup>.

Sobre esta base, la Corte concluyó que ante el silencio de las normas mercantiles en punto de formalidades para el perfeccionamiento del contrato de mutuo comercial, debía acudirse a la norma civil que regule el tema, esto es, al artículo

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 27 de marzo de 1998, M.P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, exp. 4798, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

30 *Ibíd.*

2222 C.C. según el cual el contrato de mutuo requiere para su perfeccionamiento la entrega material del bien objeto del contrato. La Corte consideró además que al referirse el Código de Comercio en el artículo 1169 a "quien prometa dar en mutuo", debe entenderse que tal contrato de promesa de mutuo alude a un contrato, el prometido, que se perfecciona con la entrega del bien, dado que la promesa solo admite como contratos prometidos a los reales y solemnes.

Adicionalmente la Corte, aunque sin referirse de forma expresa al artículo 822 C.Co., consideró que según el sistema de fuentes consagrado en los primeros nueve artículos del Código de Comercio se llegaría en el caso en cuestión a la aplicación de las reglas civiles<sup>31</sup>. Así lo precisó:

Con todo, se acota, si en dichos textos legales se notara un silencio normativo, éste más que constituir una aplicación práctica del principio de la consensualidad que impera en la formación de los contratos mercantiles, lo que reflejaría sería una laguna, un vacío del legislador, que debiera llenarse con las reglas señaladas en el párrafo anterior, reglas que, agotadas en el orden establecido conducirían de manera ineludible a las normas del derecho común, contenidas en el Código Civil, por conducto de las cuales se establecería el contenido esencial de tal especie de relación negocial, el cual conllevaría ineluctablemente a la caracterización real que antes se indicaba. Empero, para la Corte tampoco es extraña la teoría de la consensualidad que el recurrente enarbola como pilar de la argumentación, dentro de la cual la perfección del contrato de mutuo mercantil, requeriría del simple acuerdo de las partes contratantes, acerca del monto del crédito otorgado, el plazo y las tasas de remuneración, momento a partir del cual el mutuante queda obligado a la entrega del dinero. Sin embargo, como ya se anotó, la doctrina nacional especializada, considera "que el estado actual" de la legislación no permite atribuirle al contrato de mutuo mercantil otra naturaleza distinta a la de contrato real, no sólo por el contenido del art. 1169 del C. de Comercio<sup>32</sup>, atrás referido, sino por la clásica preceptiva del Código Civil, a donde se llega<sup>33</sup>.

En un fallo posterior sobre mutuo mercantil, de 12 de diciembre de 2006, la Corte Suprema asumió que en los eventos en que el Código de Comercio guarde silencio en torno a requisitos para el perfeccionamiento de los contratos, como sucede

31 ARRUBLA destaca que en este fallo no se advierte un criterio remisionista sino autonomista, para concluir de todas formas que el mutuo comercial es real, al igual que el civil: ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, t. II, *Contratos típicos*, 13.ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2012, pp. 467 a 468.

32 En esta sentencia la Corte aludió al artículo 1169 C.Co. para insistir en el carácter real del contrato de mutuo comercial, bajo el siguiente argumento: el artículo 1169 permite la celebración del contrato de promesa de mutuo, bajo el entendido de que la promesa solo puede tener por objeto contratos prometidos a los que falte una formalidad para su perfeccionamiento o la entrega del bien, esto es: contratos solemnes o reales y no consensuales, puesto que de lo contrario el contrato de promesa se confundiría con el contrato prometido. Sobre este particular cfr. OVIEDO ALBÁN, ob. cit., pp. 34 a 39.

33 Corte Suprema de Justicia, 27 de marzo de 1998, cit.

con el contrato de mutuo, hay que acudir a las reglas civiles que consagren formalidades para la celebración de contratos de la misma naturaleza, por aplicación de la norma mercantil que hace una expresa remisión a las disposiciones civiles, que es el artículo 822 C.Co. Así se pronunció la Corte: "porque si bien el Código de Comercio no define el contrato de mutuo, por la remisión establecida en el artículo 822 del mismo estatuto, la noción que respecto de dicho contrato trae el Código Civil en el artículo 2221, sirve a los propósitos de este proceso. Por esto, debe seguirse que el mutuo comercial, al igual que el civil, es un contrato de naturaleza real"<sup>34</sup>.

La Corte, sin desconocer el principio de consensualidad de los contratos comerciales consagrado en el artículo 824 C.Co., consideró que cuando este Código guarda silencio sobre alguno de los temas mencionados en el artículo 822, como son: formación de actos y contratos, obligaciones, efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, debe acudirse directamente a las normas civiles.

Valga anotar que este criterio, el de aplicar de forma directa las normas del Código Civil a la materia comercial en los casos en que el Código de Comercio guarde silencio conforme a lo establecido en el artículo 822 señalado, ha sido también tenido en cuenta por la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema en otro fallo de 30 de agosto de 2001, en el cual estableció:

Se ve entonces que la norma transcrita, en relación con la aplicación de los preceptos civiles a los asuntos mercantiles que tocan con los actos y las obligaciones de este linaje y respecto de cada una de las situaciones que ella misma define, sobrepasa la preferente aplicación de la analogía de las normas comerciales que, por regla general, establece el código de comercio, pues yendo más allá y justamente con el fin de precaver lo que se debe hacer en presencia de un vacío legal, e incluso para evitarlo en lo posible, integra al cuerpo de normas comerciales los principios y, por ende, las normas del derecho civil en lo que respecta a los negocios jurídicos y a las obligaciones mercantiles; ello implica en consecuencia que en las materias a que alude el citado artículo 822 del C. de Comercio y cuando no haya precepto comercial aplicable a un caso determinado deba acudirse a lo que disponga el derecho civil antes que a las situaciones comerciales análogas o semejantes, salvo, claro está, "que la ley establezca otra cosa". [...] El genuino entendimiento de la excepción o salvedad que se comenta no puede ser otro que el de que cuando sobre los mismos principios o materias atinentes a tales actos u obligaciones exista regulación diferente en uno y otro ordenamiento, el civil y el comercial, se impone la aplicación de este régimen, toda vez que ello es igual a decir que existe norma expresa y especial de índole mercantil que regula la cuestión, caso en el cual no sería posible ni lógica ni jurídicamente acudir al derecho civil; igual da

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de diciembre de 2006, M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, exp. C-080031030021999-00238-01, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008. En sentencia reciente, la Corte Suprema reprodujo en sus consideraciones algunos de los apartes de este fallo: Sala de Casación Civil, M.P.: FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, 4 de julio de 2013, exp. 1700131030032008-00216-01.

decir que se excluye la aplicación de los principios y normas de éste cuando la ley dispone expresamente esa exclusión, o cuando indica otras formas de integración o de aplicación de las normas a un caso dado<sup>35</sup>.

### III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL

El Código Civil define al contrato de depósito en el artículo 2236, inciso 1.º, de la siguiente forma: "Llábase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie".

El carácter real del contrato de depósito está consagrado en el artículo 2237 de la misma codificación, que establece: "El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario".

El Código de Comercio regula el contrato de depósito en los artículos 1170 a 1191, sin establecer regla alguna que determine cómo se perfecciona. Ante ello, la Corte Suprema también ha acudido al criterio remisionista para declarar que el contrato de depósito mercantil es real. Así se pronunció la Corte en fallo de 26 febrero de 2010 a propósito de un caso en que se debatió el punto:

... en el derecho privado colombiano [...] existe regulación civil y mercantil de diversos negocios jurídicos, entre ellos del depósito. No obstante la mencionada dualidad, por efecto del artículo 822 del Código de Comercio se produce una integración de los dos ordenamientos [...]. Y como en la regulación comercial del contrato de depósito no se encuentra referencia alguna a la forma de perfeccionamiento de tal tipo comercial, es necesario concluir que el depósito mercantil, al igual que el de carácter civil, es un contrato de forma específica, pues requiere para su perfeccionamiento de "la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario", tal como con claridad lo dispone el artículo 2237 del Código Civil<sup>36</sup>.

### CONCLUSIONES GENERALES Y REFLEXIÓN SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ EN LA INTERPRETACIÓN LEGAL

Como bien se puede advertir, el problema que es abordado por la Corte Suprema en las sentencias sobre la perfección del contrato de promesa comercial y en las sentencias sobre la perfección del contrato de mutuo y de depósito comercial

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2001, M.P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, exp. 5791, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008. La misma Corte señaló en sentencia de 22 de marzo de 2000 que la entrega que perfecciona el contrato de mutuo puede ser real o simbólica: Sala de Casación civil, 22 de marzo de 2000, M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO SCHLOSS, exp. 5335, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de febrero de 2010, M.P.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, ref. 11001-3103-039-2001-00418-01.

es exactamente el mismo. En efecto, en todos los eventos se trata de determinar cómo se perfeccionan los contratos comerciales en los casos en que el Código de Comercio guarda silencio, como sucede concretamente en materia de promesa, depósito y mutuo. En materia de promesa y conforme a los criterios de interpretación señalados, la Corte Suprema ha considerado que ante el silencio de la ley comercial hay que acudir al principio de consensualidad del artículo 824 C.Co., mientras en materia de mutuo y de depósito la Corte, ya sea mediante interpretación autónoma o por remisión al Código Civil, ha considerado que rige la misma formalidad civil<sup>37</sup>.

Con la intención de reforzar la crítica esbozada en líneas anteriores a la disparidad de soluciones jurisprudenciales a un mismo problema jurídico, cabe agregar algunas consideraciones de naturaleza constitucional referidas al papel del juez como intérprete de la ley y a la función que en casos como los aquí tratados puede y debe cumplir el principio de igualdad.

En Colombia, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 se empezó a discutir sobre el rol del juez y el valor de las sentencias no solamente entre las partes en los casos objeto de debate, sino en su posible valor general como precedente<sup>38</sup>. El punto de partida lo constituye el artículo 17 C.C. que dispone:

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Por otra parte, el artículo 25 C.C. originalmente establecía:

La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador.

Adicionalmente, el artículo 26 C.C. señala:

Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido. [...] Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina.

Como puede observarse, estas normas limitaron el papel del juez a fallar en los casos de su competencia, sin atribuir al precedente un alcance general, sino tan solo *inter partes*. Igualmente en la interpretación de las normas se les reconoce

37 Cfr. ARRUBLA PAUCAR, ob. cit., t. II, pp. 467 a 472.

38 Sobre los temas de este acápite cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, 2.ª ed., Legis, Bogotá, 2006, *passim*.

una limitada función, que es calificada como "interpretación por vía de doctrina". Ello, no obstante que el artículo 10.º de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, consagró el concepto de "doctrina probable" al disponer: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".

A pesar de que esta norma pudo ser la puerta de entrada para que en Colombia se admitiera el valor normativo de los precedentes judiciales, ocurrió lo contrario. Incluso resulta curioso advertir que en ediciones del Código Civil, los editores colocaban una nota al margen de dicho artículo del siguiente tenor: "Lo de doctrina legal más probable ya no existe entre nosotros"<sup>39</sup>.

Como destaca LÓPEZ MEDINA, en principio la Constitución de 1991 pareció no agregar nada nuevo cuando en el artículo 230 estableció: "Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la doctrina constitucional, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"<sup>40</sup>.

A pesar de lo anterior, se empezó a desarrollar en Colombia, por medio de una serie de fallos de tutela<sup>41</sup> y de sentencias de constitucionalidad, en ambos casos dictados por la Corte Constitucional, un sistema de precedentes judiciales de forma que tales fallos ya no tendrían solamente un alcance *inter partes* sino general, esto a partir del principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 13<sup>42</sup>. En efecto, el valor normativo y general de los precedentes constitucionales empezó a desarrollarse a partir del principio constitucional de igualdad, de forma que se reconoció que las personas tenían derecho a que sus derechos fundamentales fueran protegidos de la misma forma que en anteriores fallos de tutela. Incluso, la Corte Constitucional decretó la inconstitucionalidad de los términos "autoridad" y "sólo" del artículo 25 C.C. ya mencionado, y consideró, por tanto, que la interpretación de la ley de manera general no solo corresponde al legislador, sino también a la Corte Constitucional. En este fallo indicó la Corte:

En el Estado constitucional, la interpretación para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, no es una facultad exclusiva del legislador, pues también está a cargo de la Corte Constitucional cuando ésta ejerce el control de constitucionalidad de la ley y fija el sentido válido de la misma. [...] Las sentencias de la Corte Constitucional

39 ORTEGA TORRES, JORGE (ed.), *Código Civil*, Temis, Bogotá, 1990, p. 594.

40 LÓPEZ MEDINA, ob. cit., p. 4.

41 La acción de tutela consagrada en la Constitución colombiana de 1991 es la que equivale en otros países a la acción de amparo, con la finalidad de proteger derechos fundamentales.

42 LÓPEZ MEDINA, ob. cit., pp. 29 a 71.

que señalan la interpretación constitucionalmente autorizada de la ley, es obligatoria y resulta vinculante de manera general<sup>43</sup>.

Esta tendencia pronto fue trasladada a otro tipo de fallos. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-836 de 2001, no solamente declaró la constitucionalidad del artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 sobre doctrina probable, sino que “revivió” este artículo que durante décadas se había dado por “muerto”. En efecto, la sentencia amplió el alcance del artículo al señalar que no solamente los jueces “podrían” tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, sino que *deberían* hacerlo, en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Así se estableció en el fallo, en algunos apartados que por pertinentes resulta oportuno transcribir:

La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado [*sic*] en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley. [...] La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autonomía otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular<sup>44</sup>.

Adicionó el fallo a lo anterior:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma, es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el

43 Corte Constitucional, 4 de octubre de 2006, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sentencia C-820 de 2006, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

44 Corte Constitucional, 9 de agosto de 2001, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, Sentencia C-836 de 2001, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autoridad, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

[...] El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme<sup>45</sup>.

También señaló la sentencia que de todas formas los jueces podrían apartarse de los precedentes que constituyen doctrina probable, siempre y cuando se basen en argumentos como el cambio de legislación o de situación política o económica, lo que deberá estar razonablemente justificado "conforme a una ponderación de los bienes involucrados en el caso particular"<sup>46</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con esta tendencia y estos criterios de interpretación constitucional, puede señalarse que las reglas tradicionales de interpretación legal, además, deben aplicarse en desarrollo de los principios constitucionales como el mencionado en el fallo citado. Esto obliga a que los jueces en sus providencias se basen en los precedentes dictados por la Corte Suprema de Justicia que adquieren valor general, con el fin de alcanzar interpretaciones uniformes, lo que se convierte en un derecho de los ciudadanos en aplicación del principio constitucional de igualdad, todo lo cual conduce, como bien lo expresa la Corte Constitucional, a lograr la certeza jurídica.

Si se ven desde esta óptica los casos que se describieron en los puntos I, II y III de este escrito, puede advertirse que la tendencia a fallar el mismo problema jurídico de forma diferente no solo significa desatender las reglas de interpretación legal sino también el principio constitucional de igualdad que en una de sus manifestaciones significa el derecho de los ciudadanos a obtener soluciones iguales ante los mismos problemas jurídicos. Adicionalmente, si se atiende al concepto de "doctrina legal más probable", ya citado, cabe señalar que según esta la posición

45 Sentencia C-836 de 2001, cit.

46 *Ibíd.*

actual de la Corte Suprema de Justicia es la de remisión de las normas civiles para regular las operaciones mercantiles en aspectos como el perfeccionamiento; de manera que, según lo expuesto, esta es la jurisprudencia con carácter vinculante, frente a la tendencia "autonomista".

#### REFERENCIAS

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles*, t. II, *Contratos típicos*, 13.<sup>a</sup> ed., Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2012.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, 13.<sup>a</sup> edición, Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2012.
- BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO, *Las obligaciones en el Derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico*, 2.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, "Introducción al Derecho de contratos", en *Tratado de contratos*, t. 1, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.); NIEVES MORALES IMBERNÓN y SUSANA QUICIOS MOLINA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 99 a 125.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 18.<sup>a</sup> ed., Librería del Profesional, Bogotá, 2012.
- BONIVENTO JIMÉNEZ, JAVIER, *El contrato de promesa. La promesa de compraventa de bienes inmuebles*, Librería del Profesional, Bogotá, 1996.
- BROSETA PONT, MANUEL y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Mercantil*, 19.<sup>a</sup> ed., vol. 1, Tecnos, Madrid, 2012.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, "El pago o cumplimiento", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 205 a 246.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, "La imposibilidad de ejecución", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 487 a 516.

- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, "La remisión", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.), Temis - Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, págs. 291 a 303.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, "Transmisión de las obligaciones. Visión panorámica y plan de trabajo", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, Marcela Castro de Cifuentes (Coord.), Temis - Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 1 a 4.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, "Transmisión de universalidades", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 155 a 182.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, *Derecho Comercial. Actos de comercio, comerciantes y empresarios*, Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.
- COLLART DUTILLEUL, FRANÇOIS Y DELEBECQUE, PHILIPPE, *Contrats civils et commerciaux*, 8.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2007.
- CORREA ARANGO, GABRIEL, *De los principales contratos mercantiles*, 2.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 1991.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE y PRADA MÁRQUEZ, YOLIMA, *Unidad del Derecho Privado en la regulación del acto jurídico. El saneamiento de la ineficacia*, Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, 2013.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE, "Los actos jurídicos preparatorios del contrato: promesa, opción, preferencia y otros", en *Derecho de obligaciones*, t. 1, Marcela Castro de Cifuentes (Coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, pp. 767 a 796.
- DE EIZAGUIRRE, JOSÉ MARÍA, *Derecho Mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1999.
- DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, reimpresión, Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- ESCOBAR SANÍN, GABRIEL, *Negocios Civiles y Comerciales II, El contrato*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994.
- ESPINOSA QUINTERO, LEONARDO, *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2007.

- ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, *Derecho comercial y económico, parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- GAVIRIA GUTIERREZ, ENRIQUE, *Lecciones de Derecho Comercial*, 2.<sup>a</sup> ed., Diké, Medellín, 1987.
- GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN, *Aplicación del Derecho Civil a los asuntos de comercio y el principio de la consensualidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.
- GÓMEZ MEJÍA, JAIME ALBERTO, *Contratos comerciales*, Ananké, Bogotá, 1980.
- HINESTROSA, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- LEAL DÁVILA, ORLANDO, *Promesa de contrato, opción y preferencia*, Monografías Jurídicas 74, Temis, Bogotá, 1991.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2006.
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO, "Es consensual la compraventa mercantil de inmuebles?", en *Revista de Derecho Mercantil*, 7, Bogotá, (1986), pp. 49 a 60.
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO, "Principios generales del Derecho comercial", en *Derecho comercial en el siglo XXI*, Jorge Oviedo Albán (coord.), Universidad de La Sabana, Temis, Bogotá, 2008, pp. 1 a 32.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Proyecto de Código de Comercio*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1958
- MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, "El problema de la consensualidad de la promesa mercantil de celebrar contrato", en *Vniversitas*, 63, (1982), pp. 327 a 343.
- MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, "El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato "veinte años después", en JOSÉ ALPINIANO GARCÍA MUÑOZ y JORGE OVIEDO ALBÁN (coords.), *Estudios de Derecho Económico. Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 265 a 277.

- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles*, Legis, Bogotá, 2002.
- ORTEGA TORRES, JORGE (ed.), *Código Civil*, Temis, Bogotá, 1990.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 2005.
- OVIDIO ALBÁN, JORGE, *El contrato de promesa en el Derecho Privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Depalma, Ibáñez, Bogotá, 2010.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO, "El principio de consensualidad en los negocios jurídicos mercantiles", en *Comentarios al Código de Comercio*, vol. 1, AA. VV., Colegas, Bogotá, 1980, pp. 212 a 226.
- PINZÓN, GABINO, *Introducción al Derecho Comercial*, 3.<sup>a</sup> edición, Temis, Bogotá, 1985.
- PINZÓN, GABINO, *Sociedades comerciales*, vol. 1, *Teoría general*, 5.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 1988.
- PRADA MÁRQUEZ, YOLIMA, "Prólogo" a JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, *Aplicación del Derecho Civil a los asuntos de comercio y el principio de la consensualidad*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, pp. 21 a 27.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho societario*, 1, 2.<sup>a</sup> ed., Temis, Bogotá, 2006.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, SAS. *La sociedad por acciones simplificada*, 3.<sup>a</sup> ed., Legis, Bogotá, 2013.
- RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, *Contratos bancarios, su significación en América Latina*, 6.<sup>a</sup> ed., Legis, Bogotá, 2009.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO, "Fuentes del Derecho Mercantil", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, GUILLERMO L. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), 6.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2000, pp. 50 a 63.
- ROMERO CRUZ, DIEGO ORLANDO, "Extinción de las obligaciones. Visión panorámica y plan de trabajo", en *Derecho de las obligaciones*, t. 2, vol. 2, MARCELA CASTRO DE CIFUENTES (coord.), Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, pp. 201 a 204.

STIGLITZ, RUBÉN S. y STIGLITZ, GABRIEL A., "Unificación de los contratos civiles y comerciales", en *Contratos. Teoría general*, 1, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 17 a 32.

SUESCÚN MELO, JORGE, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, t. 1, 2.ª ed., Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2003.

URÍA, RODRÍGO, *Derecho Mercantil*, 28.ª edición, Parcial Pons, 2001.

VALENCIA ZEA, ARTURO, *Derecho Civil, t. 1, parte general y personas*, 12.ª edición, Temis, Bogotá, 1989.

VELÁSQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de Derecho Comercial*, 5.ª edición, Señal editora, Medellín, 2008.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho mercantil*, 13.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

#### FALLOS CITADOS

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de noviembre de 1981, M.P.: ALFONSO GUARÍN ARIZA, G.J., CLXVI n.º 2407, p. 610.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, 13 de diciembre de 1988, G.J., CXCII, n.º 2431, p. 303.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 27 de marzo de 1998, M.P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, exp. 4798, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 22 de marzo de 2000, M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO SCHLOSS, exp. 5335, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de septiembre de 2000, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez, exp. C-5397, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Constitucional, 9 de agosto de 2001, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, Sentencia C-836 de 2001, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2001, M.P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, exp. 5791, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Constitucional, 4 de octubre de 2006, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, Sentencia C-820 de 2006, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de diciembre de 2006, M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, exp. C-080031030021999-00238-01, en CD-Rom, Colección Jurisprudencial, Data leyes, Bogotá, 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 26 de febrero de 2010, M.P.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, Ref. 11001-3103-039-2001-00418-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, 4 de julio de 2013, exp. 1700131030032008-00216-01.