

**REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA  
PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL  
PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE COLOMBIA**



**tirant  
lo blanch**  
GRUPO EDITORIAL



**RED COLOMBIANA DE PROFESORES DE DERECHO PRIVADO**

**REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL  
PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**

*Dossier*

**Coordinadores académicos**

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE

JORGE OVIEDO ALBÁN

**Autores**

MÓNICA JULIANA AHUMADA MOZZO

MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE

JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI

CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT

DAVID FABIO ESBORRAZ

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

YIRA LÓPEZ CASTRO

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA

EDUARDO MANTILLA-SERRANO

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ

MARGARITA MORALES HUERTAS

JUAN FELIPE NAVIA REVOLLO

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL

JORGE OVIEDO ALBÁN

NICOLÁS PÁJARO MORENO

FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ

NICOLÁS POLANÍA TELLO

JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMOS

CATALINA SALGADO RAMÍREZ

ISUÉ VARGAS BRAND

TIRANT LO BLANCH

2020

## CONTENIDOS

### PRESENTACIÓN

#### Primera parte: cuestiones generales

1. ¿CÓMO ACTUALIZAR EL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA?  
CATALINA SALGADO RAMÍREZ (Universidad Externado de Colombia)
2. LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL: UN MANUAL DE DEMOLICIÓN INSTITUCIONAL  
EDUARDO MANTILLA-SERRANO (Abogado, árbitro y consultor en comercio internacional)
3. NECESIDAD Y PERTINENCIA DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO  
MÓNICA JULIANA AHUMADA MOZZO (Abogada, árbitro)
4. ¿UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?  
ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ (Universidad de La Sabana)
5. PRIMERAS OBSERVACIONES AL SISTEMA EXTERNO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y ESPECIALMENTE DE SU PARTE GENERAL  
JUAN FELIPE NAVIA REVOLLO (Universidad Externado de Colombia)
6. ALGUNAS INQUIETUDES SOBRE LA SISTEMÁTICA Y ESTRUCTURA ADOPTADA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL  
JAVIER MAURICIO RODRÍGUEZ OLMOS (Universidad Externado de Colombia)
7. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
JORGE OVIEDO ALBÁN (Universidad de La Sabana)

#### Segunda parte: derecho de propiedad

8. LA PROPIEDAD, “A LA PENÚLTIMA MODA”  
NICOLÁS PÁJARO MORENO (Universidad del Rosario)
9. LA IRREALIDAD DE LA ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LA REALIDAD JURÍDICA  
EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO (Universidad Sergio Arboleda)

#### Tercera parte: obligaciones

10. COMENTARIOS ACERCA DE LA DISCIPLINA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DEL PAGO DE LO NO DEBIDO Y DE OTRAS SITUACIONES QUE DAN LUGAR A REPETICIÓN, EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI (Universidad Externado de Colombia)

#### **Cuarta parte: teoría general del contrato y contratos en particular**

11. DEL CONTRATO. A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (Universidad del Rosario)
12. UNA VISIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO PROPUESTA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DE BELLO  
MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL Y DAVID FABIO ESBORRAZ (Universidad Externado de Colombia)
13. INCUMPLIMIENTO Y REMEDIOS EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL  
ISUÉ VARGAS BRAND (Universidad Sergio Arboleda)
14. LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL  
CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT (Universidad Externado de Colombia)
15. UNILATERALISMO E INCUMPLIMIENTO  
MARGARITA MORALES HUERTAS (Universidad Externado de Colombia)
16. EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
JORGE OVIEDO ALBÁN (Universidad de La Sabana)

#### **Quinta parte: responsabilidad extracontractual**

17. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL  
MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE (Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana)

#### **Sexta parte: derecho comercial**

18. EL DERECHO COMERCIAL FRENTE AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL  
YIRA LÓPEZ CASTRO (Universidad del Rosario)
19. ALGUNOS TEMAS PARA CAMBIAR EN LA REGULACIÓN DEL SEGURO QUE CONTEMPLA EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, PRIMERA VERSIÓN  
FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ (Universidad de La Sabana)
20. COMENTARIOS AL PROYECTO DE SUSTITUCIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA CONCURSAL DE COLOMBIA

NICOLÁS POLANÍA TELLO (Socio de DLA Piper Martínez Beltrán y director del Capítulo de Insolvencia del Centro de Estudios de Derecho Procesal – CEDEP)

## 12. UNA VISIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO PROPUESTA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DE BELLO PRESENTADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL\*

DAVID FABIO ESBORRAZ\*\*

### I. La estructura adoptada en la regulación de la teoría general del contrato

La elección metodológica de regular el contrato preponderantemente como una fuente de las obligaciones, al ubicar su regulación dentro del libro III dedicado a ellas, podría conllevar la claridad de que la teoría general de las obligaciones integraría también el régimen de los contratos (y no el contrario, como debería ser), sobre todo si tenemos en cuenta el lugar donde aquella fue colocada. En efecto, en el Proyecto el “contrato” y las demás fuentes de las obligaciones (declaración de voluntad, hechos ilícitos y enriquecimiento sin causa, en las que no parece reconocerse a los principios como fuentes de obligaciones<sup>1</sup>) aparecen reguladas en el medio de la teoría general de las obligaciones, luego de los capítulos dedicados a ciertos temas generales (como el concepto, la clasificación de las obligaciones y el patrimonio del deudor como garantía del acreedor) y antes de otros que también refieren a las obligaciones en general (como el incumplimiento, la transmisión y la extinción de las obligaciones).

Dotar de claridad sistemática a la materia tanto de las obligaciones como del contrato requeriría configurar una verdadera teoría general de las obligaciones, como pretende hacerlo el “Grupo parara la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), empeñado en la elaboración de un código marco de Obligaciones para Latinoamérica<sup>2</sup>. Convendría reunir todos los títulos y capítulos que hacen referencia a la teoría general de las obligaciones (aplicables por tanto a todas ellas, cualquiera sea su fuente), en una primera parte del Libro III, y los dedicados a cada una de las fuentes en particular, en una segunda parte.

Esta carencia de sistemática se refleja igualmente al interior del Capítulo I del Título II del Libro III, dedicado en realidad no sólo al contrato sino también a la declaración unilateral de voluntad, donde esta última aparece también regulada en medio a una serie de secciones cuyas disposiciones se aplicarían exclusivamente a la materia contractual (luego de la suspensión excepcional del contrato y antes de su contenido y efecto), en lugar de haber sido ubicada su regulación al final del referido título (una vez agotados todos los temas referidos al contrato, como hacía el Proyecto de 1983, fuente principal del Proyecto de 2020).

---

\* Profesora titular e investigadora del Departamento de Derecho Privado y Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho y magíster de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Quien desarrolló los apartes 4, 5, 6 y 7 del presente documento.

\*\* Profesor investigador del *Istituto di Studi Giuridici Internazionali* - CNR (Italia). Doctor en Derecho y magíster de la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Quien desarrolló los apartes 1, 2, 3 y 8 del presente documento.

<sup>1</sup> Del tema se han ocupado, recientemente, las “Primeras Jornadas de Derecho Civil: La vigencia del Código Civil de Andrés Bello”, cuyas memorias fueron publicadas en NAVIA ARROYO, F.; CHINCHILLA IMBETT, C. A. (eds.), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, *passim*.

<sup>2</sup> Sobre el GADAL se remite al sitio: <https://gadal.uexternado.edu.co/>.

Asimismo, sería aconsejable que toda la materia contractual (comprensiva tanto de la teoría general del contrato como de la regulación de los contratos en particular) sea regulada de manera continua y no, la primera, junto al régimen de las demás fuentes de las obligaciones y, la segunda, en un libro autónomo, el IV.

Los ajustes metodológicos que proponemos coinciden con la sistemática adoptada en América Latina por los Códigos Civiles de Bolivia de 1976, de Perú de 1984, de Paraguay de 1985, de Brasil de 2002 y de Argentina de 2014, que siguen de cerca el Código Civil italiano de 1942<sup>3</sup>.

## **II. Desde la sistemática proceden además observaciones sobre algunas materias omitidas y otras no generalizadas**

Llama la atención la ausencia de regulación de ciertas materias tradicionales que están previstas en el Código Civil vigente, y que todavía se demuestran de utilidad para hacer frente a las problemáticas planteadas por la contratación contemporánea:

(i) Han desaparecido del Proyecto todas las disposiciones que sobre la causa contiene el Código Civil vigente (artículos 1502, numeral 4, 1524-1526), como ya sucedía en el Proyecto de 1983. Esto podría hacer pensar que el Proyecto es anticausalista. Pero también aquí, como sucede con muchos otros Códigos que han hecho una elección de este tipo (v.gr. el mexicano, el cubano o el brasileño), lo que sale por la puerta termina entrando (por fuerza de las cosas) por la ventana<sup>4</sup>, pues la noción de causa está presente –en nuestro entender– en el texto del Proyecto cada vez que se habla de “finalidad del negocio” (artículo 108) o de “finalidad del contrato” (artículos 499, 512, 516, 833, 834, 837, 839, numeral 1, 926, 1418, numeral 3, etc.).

(ii) Fue suprimido también del Proyecto el artículo 1501 del Código Civil vigente, en el que se distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato, el que no obstante tener un carácter bastante doctrinal, reconoce una larga tradición que se remonta incluso a un pasaje atribuido a Ulpiano (D. 19.1.11.1) y a las elaboraciones que de él hiciera Baldo de Ubaldis. Se trata de una disposición que aún hoy en día conserva su utilidad, en particular para la determinación de la elasticidad del tipo contractual, motivo por el cual convendría conservarla.

De otra parte, se encuentran los temas que no han sido generalizados, pues algunas materias siguen siendo reguladas en el ámbito de ciertos contratos en particular, cuando en realidad merecerían ser tratadas entre las disposiciones generales, como por ejemplo:

(i) La evicción, los vicios redhibitorios y la garantía de buen funcionamiento y de calidad, que el Proyecto trata todavía en el ámbito de la compraventa, siguiendo una tendencia contraria a la iniciada incluso hace más de 150 años por los Códigos Civiles argentino y brasileño abrogados (mantenida en los vigentes, y de la que hicieron eco –v.gr.– el peruano y, en cierta medida, el paraguayo), que en cambio regulan dichas materias en la teoría general del contrato, puesto que en realidad son un efecto propio

---

<sup>3</sup> Véase, sobre el punto, ESBORRAZ, D. F., “La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano”, en *Revista de Derecho*, Concepción-Chile-, 238 (2015), 164 ss.

<sup>4</sup> Véase, en este sentido, ESBORRAZ, D. F., *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 223 ss.

de todos los contratos onerosos y revisten importancia también —por ejemplo— respecto del contrato de obra.

(ii) Por un motivo similar, llama la atención que —en principio— se siga regulando la lesión al tratar la compraventa inmobiliaria (artículos 779-768), ya que si bien este fue el ámbito en el cual la institución nació en el Derecho Romano (C. 4.44.2 y C. 4.44.8), las codificaciones más modernas la han regulado en la teoría general del contrato: como hace el Código Civil italiano (artículo 1448), el boliviano (artículos 561-563), y el peruano (artículos 1447-1468) e, incluso, muchas de las que han previsto una parte general y han reglamentado el acto o negocio jurídico lo han hecho en este último ámbito (como el BGB, § 138, numeral 2, el Código Civil brasileño, artículo 157, y el Código Civil y Comercial argentino, artículo 332).

### III. Acerca de la definición de contrato contenida en el artículo 472 del Proyecto

Desde la perspectiva de las técnicas definitorias que aconsejaba Cicerón (*Topica* 5.28; 6.30; 8.33-34)<sup>5</sup>, el artículo 472 del Proyecto definiría el contrato por “género próximo y diferencia específica”. En efecto, la primera parte del primer inciso del referido artículo aludiría al “género próximo”: “El contrato es un acuerdo expreso o implícito de dos o más partes ...” y la segunda parte a la “diferencias específicas” al señalar que él sirve “... para constituir, regular, modificar, transferir o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, por el cual se obligan a ejecutar una prestación de valoración económica”.

Respecto del “género próximo”, el Proyecto lo identifica con el “acuerdo” de las partes, lo que supone incurrir en el vicio de la “sinécdoque”, al confundirse el género al que pertenece el contrato con una de sus partes o elementos (el acuerdo o consentimiento); vicio en el que no habría que caer en materia de definiciones legales, pues una misma noción no puede ser género y elemento del definiendo<sup>6</sup>. Para evitar este defecto habría que referir, como género, al “negocio jurídico” (“[e]l contrato es un negocio jurídico ...”, como hacía el artículo 444 del Proyecto de 1983), sobre todo si tenemos en cuenta que el Proyecto de 2020 regula expresamente esta categoría de actos en el Libro I, Título IV (individualizando incluso en el artículo 83, segundo inciso, la subcategoría del “negocio jurídico obligatorio”).

En cuanto a la “diferencia específica”, que define el contrato individualizando sus particulares características, en el Proyecto se pierde una oportunidad de oro de recuperar la tradición romanista planteada por Labeón, quien identifica dicha diferencia específica en la naturaleza recíproca de las obligaciones que caracterizan la institución contractual (D. 50.16.19)<sup>7</sup>. Pero, además, se emplea la expresión “relación jurídica” en lugar de “vínculo jurídico”, desarticulando su naturaleza.

En efecto, la expresión “relación jurídica” es más amplia, en cuanto comprensiva también de las relaciones reales, mientras que la expresión “vínculo” es más restringida, dado que se limita al ámbito de las obligaciones, que es realmente aquél al que pertenece el contrato en el derecho colombiano, el que carece de efectos reales pues se adopta la diferencia entre título y modo. La expresión “relación jurídica” está tomada del Código

<sup>5</sup> Véase, en general, a ESBORRAZ, *Contrato y sistema ...*, cit., pp. 45 ss.

<sup>6</sup> Sobre la “sinécdoque” se remite, entre otros, a MONATERI, P. G., *La sinécdoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milán, Giuffrè, 1984, *passim*.

<sup>7</sup> Acerca de la noción labeoneana de contrato véase GALLO, F., “Contrato y acto en Labeón: una doctrina para reconsiderar”, en ESBORRAZ, D. F. (comp.), *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, Porrúa, 2006, pp. 17 ss. y ESBORRAZ, *Contrato y sistema ...*, cit., pp. 52 ss. y 240 ss., e ID., *Vicisitudes del contrato en la tradición romanística: sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 38 ss. y 189 ss.

Civil italiano<sup>8</sup>, sin advertir que en la legislación italiana ella se justifica, pues el contrato tiene efectos reales, mientras que, en el ordenamiento colombiano, tiene solo efectos obligacionales.

De otra parte, se dice que la relación jurídica (diríamos: el vínculo jurídico) es “patrimonial” y que por ella las partes “se obligan a ejecutar una prestación de valoración económica”, lo que constituye una reiteración superflua, que además debería estar contenida en la regulación de la obligación en general, pues hace referencia a una de las características esenciales de la prestación: su patrimonialidad; lo que conduce a la confusión del objeto de la obligación con el objeto del contrato.

#### **IV. La clasificación de los contratos, que en verdad podría considerarse una “definición por división”, suscita algunas consideraciones**

El Proyecto clasifica los contratos según diversos criterios (artículos 473-480A), algunos de los cuales podríamos calificar como tradicionales (contratos consensuales-formales, principales-accesorios, unilaterales-bilaterales, gratuitos-onerosos, conmutativos-aleatorios, de ejecución instantánea-de ejecución sucesiva, típicos-atípicos), mientras que otros parecerían más novedosos: contratación electrónica, contratos de libre discusión-contratos adhesión, contratos marco. Lamentablemente se trata de clasificaciones a las cuales no siempre se dota de efectos concretos: v.gr. la consecuencia de que un contrato pertenezca a una u otra categoría o el régimen aplicable a una u otra clase.

No se regulan los contratos plurilaterales, a pesar de que a ellos hace mención expresa el artículo 865 del vigente Código de Comercio colombiano (el que, sin embargo, sería derogado por efectos de la unificación del régimen de los contratos civiles y comerciales y su sola regulación por parte del Código Civil). En cambio, se mantiene la clasificación de los contratos unilaterales y bilaterales (reproduciendo el artículo 445 del Proyecto de 1983), lo cual debería ser objeto de una reflexión profunda: ¿se justifica acaso la fragmentación de la categoría “contrato” en unos de primer orden: los sinalagmáticos perfectos y otros de segunda clase, los unilaterales o sinalagmáticos imperfectos? Cuando quiera que como consecuencia de la integración del contenido de los contratos, que opera en virtud de la exigencia de la buena fe respecto de todo tipo de contratos, en los denominados unilaterales surgen obligaciones principales, recíprocas y no meramente eventuales: obligaciones de lealtad, de transparencia, de información, de diligencia, de observancia de lo pactado, en cabeza de la parte que en principio no asume obligación alguna. Con mayor razón cuando el régimen de tutelas contractuales está estructurado bajo el esquema de la sinalagmaticidad y excluiría de protección a la aparentemente única parte obligada para tutelar sus derechos respecto de las obligaciones que a la otra parte impone la buena fe<sup>9</sup>.

En materia de contratos típicos y atípicos el artículo 480 parecería reconocer no solo la tipicidad legal, sino también la denominada tipicidad social (o sea, cuando el contrato está regulado “de forma integral y sistemática por el uso y la costumbre”). En nuestro entender, esta disposición presenta dos inconvenientes. El primero es que no resuelve el problema de los contratos atípicos, determinando cuales son las reglas, principios o régimen que se aplicaría a ellos (como si hacía, por lo menos parcialmente, el artículo 499 del Proyecto de 1983). El segundo problema está representado por el

---

<sup>8</sup> Véase, otra vez, ESBORRAZ, *Vicisitudes del contrato en la tradición romanística* (...), cit., pp. 220 s.

<sup>9</sup> Sobre este particular se remite a NEME VILLARREAL, M. L., “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, en AA.VV., *Obligaciones. Contratos. Responsabilidad* (Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 411 ss.

reconocimiento de los contratos con tipicidad social, los cuales –tal como están regulados– no serían atípicos y en consecuencia estarían regidos sin más por los usos o las costumbres comerciales, que no siempre garantizan un contenido contractual justo o equilibrado. Por este motivo consideramos necesario sujetar esos usos y costumbres a las reglas generales en materia de obligaciones y contratos.

Respecto de las categorías que se traen como “novedosas” no parecen verdaderamente categorías contractuales sino meras modalidades de contratación, pues cualquier contrato podría ser celebrado a través de estas modalidades; si no fuera así habrían de incluirse también entre estas tipologías los contratos conexos del artículo 516, los denominados contratos simulados, fraudulentos, derivados de operaciones corruptas o a favor de terceros, de los artículos 517-519 y 521-530, los contratos de consumo, de los artículos 531-532, etc.

## V. El tratamiento que el Proyecto da a la interpretación del contrato también amerita algunas reflexiones

La sección referida a la interpretación del contrato (artículos 512-516) reproduce a grandes rasgos el Proyecto de 1983 (artículos 476-479).

La primera crítica que habrá de formularse es la de que no se incorporó a la buena fe como principio eje de la interpretación de los contratos, como sí lo hacen expresamente el Código brasileño (art. 113) y el argentino (art. 1061)<sup>10</sup>, y en cambio se introducen nociones como la “interpretación razonable del contrato, la cual será la que le otorgue una persona sensata de la misma condición colocada en las mismas circunstancias”, en consonancia con lo dispuesto –respectivamente– por los artículos 4.3 y 4.1(2) de los Principios de UNIDROIT, por lo que resulta de interés saber qué alcances se le reconocen a la expresión “interpretación razonable” (ajena, en principio, a la tradición jurídica romanista que para tal efecto, acude en cambio al núcleo de valores que evoca la buena fe; mientras que la “razonabilidad”, resulta común en los instrumentos internacionales de unificación del derecho de los contratos, por influjo del *common law*).

Hubiese sido deseable que se tuviera la claridad de que la buena fe orienta todo el procedimiento interpretativo, de manera más amplia y compleja que la mera razonabilidad<sup>11</sup>; de modo tal que no pueda confundirse la buena fe en función interpretativa con los criterios interpretativos, ni con las técnicas de interpretación<sup>12</sup>, que también guían al intérprete en la búsqueda del alcance de la regla contractual<sup>13</sup>.

En el Proyecto los criterios de interpretación objetivos y subjetivos no parecen delinarse de manera clara, v.gr. respecto de “la intención común de las partes”, criterio claramente subjetivo, se dice en el art. 512<sup>14</sup> que en ella deben apreciarse los actos propios y

---

<sup>10</sup> Véanse, en este sentido, el artículo 113 del Código Civil brasileño: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*” y el artículo 1061 del Código Civil y Comercial argentino, en el que intención común de las partes y buena fe se ponen en el mismo plano: “Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”.

<sup>11</sup> Véase, al respecto, NEME VILLARREAL, M. L., “La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”, en NAVIA ARROYO; CHINCHILLA IMBETT, *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello* (...) cit., pp. 233 ss.

<sup>12</sup> En materia de técnicas de interpretación nos referimos a la interpretación: sistemática, restrictiva y extensiva, en las que la conexión con la buena fe es innegable.

<sup>13</sup> Véase, sobre este particular, ESBORRAZ, D. F., “El Código Civil de Andrés Bello como punto de partida para la armonización/unificación del derecho de las obligaciones en América Latina”, en NAVIA ARROYO; CHINCHILLA IMBETT, *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello* (...) cit., pp. 41 ss.

<sup>14</sup> Artículo 512: “En la interpretación del contrato se debe tener en cuenta la intención común y real de las partes, y las circunstancias que lo rodearon, antes que el sentido literal de las palabras./En la intención se deberá apreciar el comportamiento total de las partes y habrá que tenerse en cuenta las negociaciones previas

la naturaleza y finalidad del contrato, criterios objetivos, que terminarían por confundirse con la intención común de las partes.

De otra parte, en materia de interpretación de contratos coligados (artículo 516), se echa de menos la introducción de verdaderos criterios de interpretación (perfeccionando lo dispuesto por el artículo 1622 del Código de vigente)<sup>15</sup>; los que allí se mencionan parecen ser criterios para acreditar o determinar cuándo hay conexidad o coligación entre diversos contratos que en principio se presentan como autónomos: “finalidad económica común”, “grado de conexidad”, mientras que la función dominante en el resultado perseguido y su incidencia en el cumplimiento e incumplimiento de sus obligaciones” no parecen criterios suficientes para interpretar una cadena contractual<sup>16</sup>.

En materia de cláusulas unilateralmente predisuestas, técnicamente denominadas en el proyecto “cláusulas insertas por uno de los contratante”<sup>17</sup>, resulta ambiguo el ámbito de aplicación de la regla “*interpretatio contra proferentem*” pues como está redactada podría llegar a aplicarse a aquellos eventos en que las cláusulas hayan sido propuestas por una de las partes frente a otra dotada de la capacidad y poder para controvertirlas, sin que lo haya hecho, lo cual escapa a la *ratio* de la regla comentada.

Por demás el proyecto, en lo relativo a los contratos de adhesión y condiciones generales, no contempla reglas específicas en materia de interpretación (con la salvedad del contrato de seguro: art. 1418). A diferencia de las regulaciones más recientes en las que se ha consolidado la tendencia a incorporar por lo menos tres reglas especiales de interpretación en la materia a fin de resolver eventuales conflictos: (i) El conocimiento y aceptación de las condiciones generales invocadas como presupuesto de validez, (ii) la prevalencia de las cláusulas o condiciones particulares sobre las generales y (iii) la exclusión de las cláusulas contenidas en las condiciones generales invocadas por cada una de las partes, en cuanto resulten incompatibles<sup>18</sup>.

## **VI. El tratamiento del Proyecto a la denominada “excesiva onerosidad por cambio de circunstancias” confunde las categorías riesgo / responsabilidad / imposibilidad / dificultad / inexigibilidad**

El artículo 499 del Proyecto regula la materia sin tomar en consideración que lo problemática del desequilibrio sobrevenido debe tratarse dentro del ámbito de los riesgos, que no siempre admite la solución salomónica que propone la norma: “[d]istribución equitativa de los perjuicios”, pues este es apenas uno de los múltiples criterios que la

---

entre las partes, las prácticas que hayan establecido, los actos realizados con posterioridad a la celebración del contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado común de los términos y expresiones, y la costumbre./Si no es posible establecer la intención real de los contratantes deberá acudirse a la interpretación razonable del contrato, la cual será la que le otorgue una persona sensata de la misma condición colocada en las mismas circunstancias”.

<sup>15</sup> Artículo 514: “En la interpretación de una cláusula deberá preferirse la que ha de producir algún efecto. Las cláusulas insertas por uno de los contratistas se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”.

<sup>16</sup> Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ OLMOS, J. M., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el Código Civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en NAVIA ARROYO; CHINCHILLA IMBETT, *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello* (...) cit., pp. 289 y ss.

<sup>17</sup> Artículo 514: “En la interpretación de una cláusula deberá preferirse la que ha de producir algún efecto. /Las cláusulas insertas por uno de los contratistas se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”.

<sup>18</sup> Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (“CISG-AC”) CISG1 Opinión Consultiva 13 sobre contratos de adhesión y condiciones generales. Sobre el particular véase RODRÍGUEZ OLMOS, J. M., “¿La arquitectura de la interpretación del contrato en la reforma al Código Civil francés como modelo para el derecho contractual colombiano? Luces y sombras”, en RIAÑO, ANABEL Y FORTICH, SILVANA (eds.), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020 (en publicación), pp. 281 y ss.

tradición romanista ha acuñado en materia de atribución de riesgos y en no pocos casos podría dar lugar a una injusticia.

Se desconoce por ejemplo que la atribución de riesgos a una de las partes puede encontrar justificación en el “riesgo típico” de la actividad que debe soportar quien la ejecuta, o puede derivar de la iniciativa negocial que soportará quien la tuvo o que debe asumir quien sea la causa o generador del riesgo, o que deberá soportar quien esté en mejores condiciones para asumir dicho riesgo, entre otros criterios<sup>19</sup>.

Pero además de ello, el artículo confunde una serie de categorías: la cláusula *rebus sic stantibus*, la frustración o pérdida de la causa, la lesión enorme y, en consecuencia, la imposibilidad y la inexigibilidad sobrevinida de la prestación y hasta la *restitutio in integrum*, que parece ser el objeto del artículo 500<sup>20</sup>.

Asimismo, desconoce el citado artículo que el punto central de esta problemática reside en la preservación del equilibrio y no en la imprevisión<sup>21</sup>. De otra parte, no parece razonable que la solución de dicho desequilibrio se deje en primer lugar al juez y no a las partes y menos que la primera opción que se de al juez sea la terminación del contrato. Ni que se encomiende al juez, como dice el artículo 500 la tarea de “hacer desaparecer el perjuicio sufrido por una de las partes” como si el asunto estuviera en el ámbito de la responsabilidad, olvidando que estamos dentro de la órbita de la atribución de riesgos, en la que indefectiblemente una de las partes o las dos deben sin duda soportar un daño.

Y qué decir del artículo 501 que confunde las categorías de *impossibilitas*, *difficultas* e *inexigibilidad*<sup>22</sup>.

## VII. La atribución del riesgo de pérdida de la cosa debida al vendedor (dueño) a la vez que se mantiene los frutos en favor del comprador desconoce la regla de equidad: *commudum-incommudum*

No podemos dejar de mencionar la desafortunada elección de los redactores en materia de riesgo de pérdida de la cosa debida que en el artículo 461<sup>23</sup> (cambiando la sabia norma de Bello, que siguiendo la tradición romana, ponía el riesgo en cabeza del comprador) fue trocada por la norma que pone el riesgo en cabeza del vendedor con la simplista lógica del *dannum domini* (el daño es para el dueño), que los juristas romanos habían dejado de lado para cambiarla por el *periculum emptoris* (el riesgo es del comprador),

---

<sup>19</sup> Sobre este particular se remite a NEME VILLARREAL, M. L., “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, en *Roma e America Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 21 (2007), publicado igualmente en la *Revista de Privado*, Universidad Externado de Colombia, 15 (2008), 59-108.

<sup>20</sup> Sobre este particular CHINCHILLA IMBETT, C. A.; NEME VILLARREAL, MARTHA L., “El cumplimiento del contrato de arrendamiento en tiempos de pandemia”, en FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L.; GUAL ACOSTA, J. M. (dirs.), *Desafíos del derecho en época de pandemia Covid-19: derecho contractual, empresarial y del trabajo, afectación a la familia y a las personas*, Bogotá, Ibañez, 2020, pp. 45-64.

<sup>21</sup> Véase NEME VILLARREAL, M. L., “La tensión aparente entre las reglas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: La buena fe y la equidad constituyen parámetros de las exigencias de equilibrio y solidaridad en tiempos de crisis”, en AA.VV., *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia. Algunas reflexiones desde el derecho civil*, Revista de Derecho Privado, web., Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 205-228.

<sup>22</sup> Artículo 501: “Cuando durante la ejecución de un contrato de tracto sucesivo y de un contrato de pago por cuotas, se presentaren hechos y acontecimientos que hagan notoriamente difícil o imposible su ejecución, el afectado podrá suspender la prestación a su cargo hasta por tres meses o por el término que señalen las autoridades administrativas competentes, a menos que la demora justifique la terminación del contrato./La parte afectada hará uso de lo anterior comunicándose a la otra en los términos del artículo 87, con indicación de las razones./Si la suspensión fuere temeraria se responderá por el daño que se cause”.

<sup>23</sup> Artículo 461: “El riesgo de las cosas que se deben hasta su entrega es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor se constituya en mora de recibirla, el perecimiento sea imputable al acreedor o haya pacto en contrario”.

fundada en la equitativa regla del *commudum-incommudum*: aquél a quien le tocan las comodidades han de tocarle las incomodidades y si al comprador le tocan los frutos de la cosa vendida también a él, en compensación, habrán de tocarle los riesgos<sup>24</sup>. En el Proyecto, en cambio, se asignan los riesgos al vendedor (dueño) y los frutos al comprador (art. 717) configurándose así una cabal inequidad<sup>25</sup>.

### **VIII. La carencia de explicitación de los fundamentos epistemológicos del Proyecto dificultan la comprensión de las elecciones sistemáticas de los redactores y el análisis de las implicaciones que ellas tienen en nuestra cultura jurídica**

Finalmente, debemos resaltar una crítica que ha sido persistente y, es el hecho de que nada dicen los autores del Proyecto acerca de las fuentes de sus disposiciones; el proyecto no está acompañado de una fundamentación o de una exposición de motivos, ni de notas explicativas de las normas proyectadas, abandonando la metodología que en cambio guio a la primera generación de Códigos Civiles latinoamericanos, cuyos paradigmas fueron los proyecto de Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sársfield y que luego recientemente han seguido varios de los instrumentos de armonización del derecho de contratos. Y esta carencia no se advierte con el ánimo de aferrarnos a una interpretación exegética, impensable ya desde hace mucho tiempo, sino en la sentida necesidad de comprender las elecciones sistemáticas de los redactores, su consonancia o no con nuestra tradición jurídica y las implicaciones que ellas tienen en nuestra cultura jurídica; lo cual lejos de entorpecer una eventual y futura interpretación, no haría más que enriquecer el debate, poner en contexto el eventual código en el marco no solo del derecho europeo sino del derecho latinoamericano, lo que permitiría establecer las posibles líneas de armonización con este, pues por ejemplo, a simple vista no se advierte, en esta materia, una influencia directa de las dos codificaciones civiles más nuevas de América Latina, es decir, el Código Civil brasileño de 2002 y el Código Civil y Comercial argentino de 2014, los que tanto en su contenido como en su sistemática aparecen —en general— completos, actuales y ordenados y, en cambio, sería deseable conocer si tal conexión existe o las razones por las que se decidió apartarse de estos u otros modelos.

---

<sup>24</sup> Véase NEME VILLARREAL, “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, cit. 59-108.

<sup>25</sup> Artículo 717: “Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado plazo para la entrega o el evento de cierta condición, pues en estos casos pertenecerán los frutos al comprador solo al vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición./La venta comprende la cosa, sus partes integrantes y pertenencias./Los contratantes pueden modificar lo dispuesto en este artículo” y artículo 458: “La obligación de dar es aquella en que se debe la transferencia del dominio u otro derecho.

La obligación con prestación de dar una cosa determinada comprende el de entregarla con todos sus accesorios. /El acreedor de una cosa tiene derecho a los frutos de la misma, desde que la obligación de entregar se haga exigible”.