



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Pájaro Moreno, Nicolás

Una propuesta metodológica para la unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia

Revista de Derecho Privado, núm. 49, enero-junio, 2013, pp. 1-49

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033220002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**UNA PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA
UNIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS
CONTRATOS EN COLOMBIA**

NICOLÁS PÁJARO MORENO

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 49
Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7794

Una propuesta metodológica para la unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia

Nicolás Pájaro Moreno*

RESUMEN

El derecho de las obligaciones y de los contratos en Colombia se bifurca entre el derecho civil y el derecho comercial. Dicha separación se fundamenta en argumentos de carácter histórico y en otros relativos a las diferencias existentes entre varios aspectos de ambas ramas del derecho privado. Sin embargo, en la actualidad dicha dualidad es injustificada y es, por tanto, necesario unificar las dos materias actualmente separadas en un ámbito de regulación más amplio.

Dicho objetivo puede ser alcanzado a través de distintas vías: codificación, expedición de leyes especiales, jurisprudencia, doctrina y compilaciones de derecho vigente. Tras un análisis de las ventajas y desventajas de unas y otras, el presente trabajo planteará una propuesta metodológica para lograr una unificación de las obligaciones y de los contratos en Colombia de manera exitosa y duradera.

ABSTRACT

Colombian Law of obligations and contracts has been traditionally divided in two separate branches, represented by civil and commercial law. This division has historical origins, and is supported on a series of considerations about their scope of application. Nevertheless, the evolution of our society through the last centuries has turned this separation unjustified, making it necessary to unify the civil and commercial law of obligations and contracts into a broader field of regulation.

This result can be achieved through different methodologies: codification, a series of special laws, case law, legal opinions, and compilations of laws currently in force. After an analysis of some of the advantages and disadvantages of such agencies, this dissertation will present a methodology to achieve a successful and enduring unification.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, 2004. Especialista en derecho comercial de la Universidad de los Andes, 2007. Director de Justicia Formal y Jurisdiccional en el Ministerio de Justicia y del Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

PALABRAS CLAVE: unificación del derecho privado, Código civil, Código de Comercio, codificación, descodificación, recodificación, recopilaciones de derecho constante.

KEYWORDS: Unification of private law, civil code, commercial code, codification, decodification, recodification, compilations “à droit constant”.

SUMARIO

Introducción - I. SOBRE LA NECESIDAD DE UNIFICAR EL DERECHO PRIVADO DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EN COLOMBIA - A. *El origen histórico del derecho comercial* - B. *Los sujetos del derecho comercial* - C. *El objeto del derecho comercial* - 1. La distinción entre materias civiles y mercantiles es artificial - 2. Contradicciones verdaderas y falsas antinomias entre los dos regímenes - 3. Dificultades en la selección del régimen aplicable al caso - D. *La jurisdicción comercial* - E. *Conclusiones del capítulo* - II. VÍAS PARA LOGRAR LA UNIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EN COLOMBIA - A. *La vía de la codificación* - 1. Explicación de la figura y funciones de la codificación - 2. Ventajas del modelo codificado - 3. Desventajas del modelo codificado - B. *La vía de la descodificación* - 1. Explicación de la figura - 2. Ventajas del modelo descodificado - 3. Desventajas del modelo descodificado - C. *La unificación por vía jurisprudencial* - 1. Explicación de la figura y ventajas de la unificación por vía jurisprudencial - 2. Desventajas del modelo jurisprudencial - D. *La unificación por vía doctrinaria* - 1. Explicación de la figura y ventajas del modelo - 2. Desventajas del modelo doctrinario - E. *Compilaciones de derecho constante* - 1. Explicación de la figura y funciones de la codificación - 2. Ventajas de las compilaciones de derecho constante - 3. Desventajas de las compilaciones de derecho constante - III. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN COLOMBIA - A. *Los valores en juego: seguridad jurídica y adaptabilidad del derecho* - B. *Premisas para la implementación de un modelo unificado* - 1. Tomar las ventajas y evitar las desventajas de las otras metodologías - 2. Órganos involucrados en el proceso - C. *Estructura de la propuesta* - D. *Contenido de una ley de unificación* - 1. Eliminación de la duplicidad de regímenes, adaptación, modernización y armonización de disposiciones - 2. Creación y competencias del órgano de consolidación - 3. Disposiciones relativas a la continuidad del trabajo de consolidación - IV. CONCLUSIONES - Bibliografía

Introducción

Nuestro derecho privado es el resultado de un amplio proceso histórico en el que han confluído un nada despreciable número de fuentes y de eventos. Producto de un desarrollo cuyos orígenes se remontan a mucho tiempo atrás, en el derecho romano y en el desarrollo de la actividad comercial durante la Edad Media, en Colombia este proceso actualmente tiene como pilares dos cuerpos normativos: el Código civil de 1887 y el Código de Comercio de 1971, alrededor de los cuales se ha construido un complejo entramado de leyes especiales.

Esta concepción dicotómica del derecho privado ha sido objeto de un intenso debate entre los partidarios de unificar la normativa y quienes abogan por mantener el estado actual de las cosas, controversia en la que no han faltado arduas defensas ni duras críticas a una y otra postura. En los últimos años este debate mantiene vigencia y, además, se ha enriquecido con algunos cuestionamientos respecto de las fuentes del derecho privado y sobre la metodología para su creación, reforma, aplicación y consulta.

El presente trabajo se encuadra en este debate, para plantear una posición sobre la dualidad entre el derecho civil y comercial y proponer una vía a través de la cual esta podría resolverse en el derecho colombiano. Así, en primer término, se expondrá nuestra posición acerca de la necesidad de unificar el derecho de las obligaciones y de los contratos en Colombia (I). Seguidamente, se presentarán algunas de las metodologías disponibles para realizar un proceso de unificación, sus ventajas y desventajas (II). En fin, se

propondrá una metodología para unificar y modernizar el derecho de las obligaciones y de los contratos en nuestro país, sin entrar a debatir sobre los contenidos de dicho proceso (III), así como nuestras conclusiones sobre el tema (IV).

I. SOBRE LA NECESIDAD DE UNIFICAR EL DERECHO PRIVADO DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EN COLOMBIA

El debate sobre la unificación del derecho civil y mercantil en el derecho romano-germánico no es un asunto reciente. Mucho se ha discutido al respecto desde la célebre conferencia dada por César Vivante en la Universidad de Bolonia, en 1982², en la que se propuso por primera vez el tema. Pocos años después la controversia llegó a Colombia a través de varias propuestas de reforma al Código civil, discutidas en el año de 1939, siendo ministro de Gobierno Carlos Lozano y Lozano³, pasando por los anteproyectos de Código General de Derecho Privado de Arturo Valencia Zea de 1980 y 1985⁴, hasta los esfuerzos que llevaron a la expedición de la Ley 222 de 1995, proposiciones que han mantenido viva la cuestión acerca de la duplicidad de regímenes, sin que hasta el momento haya tenido buen suceso ninguna de las iniciativas de unificación que se han emprendido⁵.

² VIVANTE, (1932), I, p. 15, si bien él mismo luego se retractó de la tesis que había inicialmente propuesto.

³ ESCOBAR SANÍN, (1988, pp. 261-262), ANGARITA BARÓN (1992, p. 22 y ss.).

⁴ VALENCIA ZEA (1980), VALENCIA ZEA (1987, p. 247 y ss.), PINZÓN (1985, p. 59 y ss.).

⁵ PEÑA CASTRILLÓN (2011, p. 389).

Nuestra postura en este debate consiste, de entrada, en que la distinción entre el derecho civil y mercantil es artificiosa e inadecuada para enfrentar la realidad actual. Sin ánimo de ser exhaustivos, la existencia de un derecho mercantil autónomo del derecho civil, ordinariamente se estructura en cuatro frentes. El primero de ellos tiene una naturaleza histórica, y se basa en las causas que dieron origen al surgimiento de dicha rama autónoma del derecho privado. El segundo argumento es subjetivo, y toma como fundamento quiénes son los destinatarios de las reglas del derecho mercantil. Un tercer frente parte de la materia de estudio del derecho mercantil, y en él se sostiene que este estudia una categoría de actos objetivamente distintos de los del derecho civil. El último de ellos es de carácter procesal, y resalta una diferencia respecto de la jurisdicción competente y los procedimientos para resolver los litigios de derecho mercantil. A continuación presentaremos algunas breves reflexiones sobre las razones por las que consideramos que, en el derecho colombiano en la actualidad, dichos argumentos carecen de un valor suficiente para justificar la existencia de dos ramas separadas del derecho privado de las obligaciones y de los contratos.

A. El origen histórico del derecho comercial

El derecho mercantil es, ante todo, una categoría histórica⁶. Para comprender su origen y las causas que llevaron a su desarrollo como una rama autónoma del derecho privado debemos

ubicarnos en la Edad Media, ante una floreciente clase de artesanos y comerciantes que requería de un régimen jurídico que diera respuesta a sus necesidades, frente a la insuficiencia de las reglas del derecho civil⁷. En efecto, si bien las categorías heredadas del derecho romano eran útiles para proteger al propietario, poco ayudaban en la estructuración de las operaciones mercantiles, donde prevalece el riesgo y el ánimo de lucro. Las estipulaciones contractuales y las costumbres de los comerciantes llevaron a la creación de nuevas figuras: la letra de cambio⁸, la *commenda*⁹, la *compagnia*¹⁰, así como mecanismos de control sobre el acceso y la pertenencia al gremio¹¹, el registro en el *liber mercatorum*¹² y la quiebra¹³. Las nuevas instituciones así originadas, más ágiles y flexibles que las del derecho civil, vinieron a constituir la llamada *Lex mercatoria*, aplicable “*non obstante aliquo iure canonico vel civile*”¹⁴. Sobre ellas sentaría sus bases nuestro actual derecho comercial.

7 BROSETA (1965, pp. 23-24), GALGANO (1981, p. 34).

8 La letra de cambio representaba, al mismo tiempo, una alternativa segura al transporte de divisas, un medio de pago y una vía para lucrarse de las operaciones de crédito, a pesar de la prohibición de cobrar intereses. Ver ASCARELLI (1964, pp. 40-43).

9 GALGANO (1981, pp. 57-58).

10 La *compagnia* sentó las bases de nuestro actual régimen societario, al establecer que la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los asociados era oponible a terceros al igual que un sistema para resolver las controversias internas por medio de la decisión de la mayoría. Ver ASCARELLI (1964, pp. 43-44), GALGANO (1981, pp. 59-61).

11 GALGANO (1981, p. 52).

12 CASTRO DE CIFUENTES (2010, p. 3), NARVÁEZ (2011, p. 18).

13 GALGANO (1981, pp. 62-63).

14 “A pesar de cualquier disposición contraria de derecho civil o canónico”. GALGANO (1981, p. 50).

6 ASCARELLI (1964, p. 89), GARRIGUES (1978, p. 78).

Ahora bien, el argumento es válido para justificar el origen del derecho mercantil como una rama autónoma del derecho privado; sin embargo, puesto en contexto, no justifica que en la actualidad dicha distinción se mantenga¹⁵.

Es cierto que el derecho mercantil surgió como reacción a la rigidez del derecho civil de la época; no obstante, ello ocurrió porque este último se había estancado en la compilación justiniana¹⁶ y había perdido la flexibilidad que, por siglos, le había dado la *iurisprudentia*¹⁷. A pesar de lo anterior, el paso del tiempo moderó sustancialmente la rigidez del derecho civil medieval, y los juristas llevaron a cabo una importante tarea de actualización del derecho romano. Los códigos decimonónicos¹⁸, producto de dicho proceso, fusionaron elementos traídos del derecho comer-

cial consuetudinario¹⁹, del iusnaturalismo²⁰ y de la escuela histórica del derecho²¹.

En un proceso paralelo, el derecho comercial, que en un inicio era de naturaleza gremial, contractual y consuetudinaria, y conocido por una jurisdicción especial, fue perdiendo paulatinamente su carácter espontáneo para adquirir un grado de rigidez muy similar al del derecho civil. A finales del siglo XVII el derecho comercial sufrió una etapa de nacionalización²², que le hizo perder, en gran medida, su carácter autónomo y espontáneo, y lo convirtió en un privilegio otorgado por el Rey²³. Pero fue a principios del siglo XIX, con la codificación, que el mercantil se convirtió en una herramienta eminentemente legislada, adquiriendo una rigidez similar a la del derecho civil²⁴.

En Colombia, por su parte, nunca ha existido una diferencia sustancial entre la naturaleza del derecho civil y mercantil que justifique, desde este punto de vista, una separación entre los dos ordenamientos. La historia del derecho comercial colombiano, lejos del análisis de las necesidades de la producción y del comercio y

15 ALTERINI (2011, p. 133).

16 MERRYMAN (pp. 25-26), por ejemplo, considera “reaccionario” el proceso que llevó a la cristalización del derecho en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, de los años 529 a 534, por ser un proceso que sacrificó la maleabilidad de la *interpretatio* en favor de un mayor grado de seguridad jurídica. El mismo autor considera que Justiniano tenía la intención de destruir el derecho vigente para restablecer el derecho más puro de una época anterior, objetivo utópico y alejado de la realidad.

17 La *iurisprudentia*, por vía de la interpretación, había tenido éxito en “auxiliar, o suplir o corregir el derecho civil”, salvándolo del excesivo rigorismo en la aplicación de sus reglas; y había incluso llegado a dar soluciones en aquellos casos en que el *ius civile* era inaplicable, como cuando intervenían extranjeros (*peregrini*) o incapaces, y debía aplicarse, respectivamente, el *ius gentium* o las reglas de derecho natural. IGLESIAS (1952, p. 17), considera que “Los juristas romanos no colocan los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y necesidades de la vida. Antes que meter el Derecho en un cuadro de rigor lógico, lo que interesa es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas”. En el mismo sentido, GARRIGUES (1978, p. 79).

18 “El código de 1804 —refiere BOBBIO, citado por SCHIPANI, p. 41— no fue considerado por sus redactores como un punto de partida completamente nuevo, ni el inicio de una nueva era, sino como una conclusión, o un punto de llegada y simultáneamente de partida, una síntesis del pasado que no podría haber excluido la supervivencia del derecho anterior”.

19 MORTARI, pp. 231-232; SCHIPANI, p. 32.

20 GUZMÁN BRITO, I. p. 74; SOHM, p. 84.

21 GUZMÁN BRITO, I, pp. 73-74.

22 Ejemplo de ello son las Ordenanzas sobre el comercio y la marina, preparadas en Francia por Jean-Baptiste Colbert y proferidas por Luis XIV en 1673 y 1681. Ver TARELLO, p. 49 y ss.

23 El registro, por ejemplo, pasó de ser una herramienta de administración de clase a un instrumento de control, a la sociedad se le agregaron nuevos requisitos para su validez, las sanciones para la bancarrota fraudulenta fueron institucionalizadas y se restringió el ámbito de la jurisdicción de comercio. Ver GALGANO (1981, pp. 70-71).

24 BROSETA (1965, p. 47).

de la atenta observación de la realidad, es en buena medida un recuento comentado de su legislación comercial²⁵. El fenómeno del comercio fue casi completamente desconocido durante la Colonia, en virtud de la estructura monopolística de la economía a favor de la Corona²⁶. El derecho comercial, incluso durante los primeros años de la Independencia, tan solo fue conocido en virtud de las leyes importadas de España²⁷, y el carácter legislado del derecho comercial se mantuvo con la posterior expedición de los distintos códigos de Comercio: el de 1853²⁸; los promulgados durante el período federal para los estados de Cundinamarca, Santander, Cauca, Boyacá y Panamá²⁹; los códigos de Comercio Terrestre y Marítimo adoptados en 1887³⁰ para todo el territorio nacional y el Código de Comercio de 1971³¹. Más allá de que la costumbre se mantenga como fuente de derecho mercantil³², su eficacia es apenas subsidiaria³³, no opera

*contra legem*³⁴ y es relativamente poco difundida en la práctica³⁵.

B. Los sujetos del derecho comercial

Un segundo argumento a favor de la autonomía del derecho comercial justifica su existencia independiente del derecho civil en virtud de que se trata de un derecho dirigido a una clase de sujetos en particular, distinta del ciudadano común. Inicialmente, dicha categoría estaba conformada por el concepto de “comerciante”³⁶, entendido como aquel sujeto que realiza profesional y habitualmente actos de comercio. Aunque la denominación se mantiene en términos generales en muchas de las instituciones jurídicas, el concepto ha venido evolucionando a nivel doctrinario hacia el concepto de empresa, como actividad económica organizada alrededor de los medios de producción y circulación de bienes y servicios³⁷.

25 Resulta bastante diciente al respecto, que los manuales de derecho comercial nacionales, al referirse a la aparición y evolución del derecho comercial en Colombia, se limiten en buena parte a hacer el estudio de los distintos cuerpos legislativos que rigieron en el territorio nacional desde la época de la Colonia. Así, NARVÁEZ (2011, p. 25), titula el capítulo respectivo de su *Introducción al derecho mercantil* “Cuerpos normativos en Colombia”; GABINO PINZÓN (1985, p. 22), por su parte, solo se refiere al punto en el capítulo “Los códigos hispanoamericanos” de su *Introducción al derecho comercial*. También WIESNER (1990, p. 90 y ss.).

26 WIESNER (1990, p. 83), OLAVARRÍA ÁVILA (1961, pp. 80-82), MEANS (2011, pp. 46-47).

27 MEANS (2011, p. 35), OLAVARRÍA ÁVILA (1961, p. 84).

28 MEANS (2011, pp. 192-193 y 252).

29 MEANS (2011, p. 252), WIESNER (1990, p. 92).

30 Adoptados mediante la Ley 57 de 1887, artículo 1º.

31 Decreto 410 de 1971.

32 Código de Comercio, artículos 3 al 8.

33 Constitución Política, artículo 230.

34 Código civil, artículo 8º. PINZÓN (1985, p. 110), considera que “desde que haya una disposición legal que, por aplicación directa o por simple analogía sea suficiente para regular una situación o cuestión comercial, no es dable invocar costumbre alguna como fuente de reglas de derecho aplicables entonces”. Ver también NARVÁEZ (2011, p. 112).

35 La página web de la Cámara de Comercio de Bogotá da cuenta de 70 costumbres certificadas, así: 9 en el sector inmobiliario, 15 en el sector comercio, 5 en el sector informático, 5 en el sector transporte, 6 en el sector automotor, 10 en los contratos de riesgo compartido y franquicias, 4 en el sector financiero, 2 en el sector asegurador, 3 en el sector editorial y 11 en cuanto al uso de INCOTERMS. [Material en línea: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=73&conID=1047&pagID=644> consultado el 21 de octubre de 2012]. Se observa, además, que no existe en nuestro derecho comercial una auténtica costumbre *praeter legem*, que sea utilizada para dirimir conflictos o para crear nuevas normas jurídicas.

36 Para profundizar sobre la noción de comerciante, se recomienda CASTRO DE CIFUENTES (2010, p. 154 y ss.), también por las referencias a otros autores.

37 BROSETA (1965, p. 88 y ss.), FERRI (1976, p. 39 y ss.), GALGANO (1981, p. 199 y ss.), artículo 25 del Código de Comercio.

Sin embargo, la realidad misma, a la que atentamente observa el derecho mercantil como pauta de su desarrollo, demuestra que la dinámica de los negocios tiende a ser, cada vez menos, una cuestión exclusiva y excluyente de quienes se dedican a ellos profesionalmente, para convertirse en el denominador común por el que se rigen todos los sujetos que conforman la sociedad moderna. Los particulares, a quienes ordinariamente se habría aplicado el régimen civil de obligaciones y contratos, han acudido también a las formas negociales del derecho mercantil y al régimen de obligaciones nacidas de ellos, en un fenómeno que, muy al caso, ha sido denominado de “comercialización del derecho privado”³⁸, acompañado de una correlativa reducción del ámbito del derecho comercial³⁹, por la aplicación en él de las reglas y principios del derecho civil⁴⁰.

Actividades que tradicionalmente habían sido de uso exclusivo de los comerciantes o de la empresa se han difundido, incluso, a la cotidianidad de la vida de los no comerciantes. Es común entre particulares la incorporación de créditos de carácter civil en títulos-valores regidos por el Código de Comercio, el recurso a herramientas y mecanismos del sector financiero⁴¹,

el uso de formas societarias para el ejercicio de profesiones liberales o para la planificación de las sucesiones⁴², así como el recurso a los procedimientos de insolvencia para el manejo de la crisis del deudor no comerciante⁴³.

El mismo legislador, por demás, ha sujetado a los no comerciantes a las reglas del derecho mercantil. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los actos que la doctrina comercial conoce como “mixtos” de comercio⁴⁴; o la ley ha sujetado expresamente ciertos asuntos civiles al régimen comercial, como las sociedades⁴⁵ o la

⁴² Sobre el punto ha sido abundante el recurso a las sociedades para garantizar una continuidad en el patrimonio más allá del fallecimiento de quienes se desempeñan como socios, entre otras, con ciertas ventajas de orden tributario. Para ello, es bastante frecuente el uso de las llamadas “sociedades de familia” como canales para materializar procesos de “planeación tributaria”, en los que, a través de la constitución de una persona jurídica nueva, y un hábil traslado de la participación accionaria al resto del núcleo familiar, es posible evitar las cargas tributarias que supondría la ganancia ocasional si se adelantara una sucesión.

⁴³ Al respecto se recuerda la sentencia C-699 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en que la Corte Constitucional, a pesar de reconocer el carácter tradicionalmente comercial de los procedimientos de insolvencia, hizo un exhorto al Congreso para la expedición de un régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante. Como consecuencia de dichas consideraciones, el Congreso adelantó el trámite de la Ley 1380 de 2009, declarada inexequible por vicios en su trámite y, más recientemente, del régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, como un título entero dentro del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

⁴⁴ Artículo 22 del Código de Comercio. Con anterioridad a dicha regla, la solución aplicable era mucho más compleja, pues se separaban los efectos de la relación respecto de cada una de las partes, y se aplicaban las reglas mercantiles a una y las civiles a la otra. Ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 31 de julio de 1936, M.P. Eduardo Zuleta Ángel, G. J. XLIV, p. 95. Si bien el Código de 1971 decidió de manera expresa aplicar, en lo sustancial, la ley comercial a los actos mixtos de comercio, no hizo lo propio en lo que respecta a la prueba de las obligaciones. Los artículos 68 y siguientes del Código de Comercio restringieron el valor probatorio de los libros de comercio a las “cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí”. Este criterio se mantuvo en el artículo 264 del Código General del Proceso, que recogió y derogó expresamente tales normas del estatuto mercantil.

⁴⁵ Así, el artículo 1º de la Ley 222 de 1995, que modificó el artículo 100 del Código de Comercio, dispuso en su inciso segundo que “cualquier que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.

³⁸ RIPERT (2001, p. 320), GARRIGUES (1978, p. 128), GALGANO (1981, p. 115 y ss.), LEVI (1996, pp. 30-31 y 45).

³⁹ GARRIGUES (1978, p. 88 y ss.).

⁴⁰ Código de Comercio, artículos 2 y 822.

⁴¹ Así, por ejemplo, en la sentencia C-136 de 1999, en la que la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del Decreto Legislativo 2331 del 16 de noviembre de 1998. En él se había creado una contribución parafiscal sobre las transacciones financieras; sin embargo, la Corte consideró que el gravamen era general y debía ser un impuesto: “Es, entonces, un típico impuesto, caracterizado por su alcance general y por no contemplar la norma que lo crea una retribución directa y mensurable a quien lo paga”.

insolvencia⁴⁶. Otro tanto puede decirse de las distintas reformas a la legislación civil que han acercado notablemente las reglas civiles a las mercantiles, desvaneciendo paulatinamente las diferencias entre uno y otro régimen, como ha ocurrido con la reducción de los términos de la prescripción en materia civil⁴⁷.

C. El objeto del derecho comercial

Un tercer argumento a favor de la autonomía del derecho comercial considera que existe una diferencia de objeto entre el derecho civil y el mercantil, y que este último se concentra en el estudio de actos (“objetivos de comercio”) cuyo objeto corresponde estudiar al derecho comercial. La inclusión de este concepto en la codificación napoleónica respondió a un intento por mantener un régimen autónomo de derecho comercial que estuviera acorde con los ideales igualitarios de la Revolución⁴⁸. Sin embargo, la determinación de dicho concepto ha sido un asunto confuso y problemático, según lo ha reconocido la doctrina⁴⁹.

1. La distinción entre materias civiles y mercantiles es artificial

No es del caso tratar en este trabajo el debate conceptual acerca de la existencia de un “acto de comercio”. Sin embargo, dicha noción ha servido para sostener, de manera reiterada, que existen materias que, por su naturaleza, han sido calificadas como “típicamente civiles” y “típicamente mercantiles”⁵⁰, además de aquellas que son objeto de doble regulación por ambas ramas del derecho privado. Esta percepción inicial de un derecho privado dividido en dos categorías separadas de normas ha motivado la idea de que los ámbitos de regulación civil y comercial son irreconciliables. Inclusive, algunas propuestas de unificación se han limitado a plantear que la unidad debe cobijar aquellas materias que no están en ninguna de las dos categorías mencionadas, es decir, a refundir en una sola estructura los supuestos que en la actualidad cuentan con doble regulación⁵¹.

Consideramos, sin embargo, que existe una grave impropiedad en esta clasificación, que esti-

46 Los artículos 89 y siguientes de Ley 222 de 1995 agrupa indistintamente, bajo la categoría de “deudor”, el régimen de los concursos de las personas naturales y jurídicas; el artículo 2º de la Ley 1116 de 2006 refunde en un mismo grupo todas las personas jurídicas de derecho privado y solo recurre a la distinción entre comerciantes y no comerciantes para las personas naturales. Tan solo el artículo 1º de la Ley 550 de 1999 se valió de un criterio netamente mercantil para establecer la procedencia del régimen de negociación de acuerdos de reestructuración, como es el criterio de la empresa.

47 La Ley 791 de 2002 introdujo una notable reducción de los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria del Código civil.

48 BROSETA (1965, p. 45), GALGANO (1981, p. 104), LEVI (1996, p. 21), AL-TERINI (2011, p. 129).

49 Sobre el punto, ver las referencias que incluye CASTRO DE CIFUENTES (2010, pp. 9-10).

50 GARRIGUES (1978, p. 93), define a las primeras como aquellas “normas que no pueden mercantilizarse”, entre las cuales se ubican las relativas a los derechos de la personalidad, la familia y las sucesiones, mientras que las segundas comprenden aquellas “normas que no pueden civilizarse (si se permite la expresión)”, que “constituyen el núcleo esencial del derecho mercantil, y se refieren a la empresa mercantil (patrimonio, signos distintivos, protección de la empresa), a los empresarios mercantiles (individuales y sociales) y a los contratos esencialmente mercantiles por estar ligados inseparablemente a la actividad de la empresa mercantil”.

51 Así, Garrigues (1978, p. 94), plantea como salida a la dualidad, la existencia de tres cuerpos normativos: un Código de Obligaciones y Contratos, que comprenda los contratos mercantiles; uno de comercio, que establezca las reglas de la empresa y los empresarios; y uno civil, que disponga las reglas sobre personas, familia y sucesiones.

mamos artificial⁵². Es cierto que existen áreas enteras que tradicionalmente han sido objeto de regulación por parte de los códigos civiles y otras que ordinariamente se encuentran en los códigos de comercio; sin embargo, ello no quiere decir, en ninguna medida, que los dos grupos de normas no puedan unificarse bajo una categoría que las comprenda a ambas, junto con las reglas generales de las obligaciones y de los contratos. En la actualidad, áreas enteras tradicionalmente catalogadas como “civiles”, p. ej. el derecho de sucesiones, tienden a manejarse a través de las figuras “mercantiles” del derecho de sociedades y los mecanismos de *financial planning*; por otro lado, nada obstante que herramientas típicamente “mercantiles” como la propiedad industrial o los títulos-valores sean utilizadas por particulares no comerciantes.

2. Contradicciones verdaderas y falsas antinomias entre los dos regímenes

Uno de los aspectos más problemáticos de la dualidad de regímenes no se encuentra en la existencia de instituciones que tradicionalmente han estado repartidas entre el Código civil y el Código de Comercio, sino en aquellos supuestos que son materia de regulación por parte de ambos estatutos.

Numerosas son las materias reguladas por ambos códigos, en los que existen normas no solo concurrentes, sino contradictorias, y frente a las cuales la doctrina se ha cuestionado sobre la

pertinencia de la distinción⁵³: la tradición de bienes sujetos a registro⁵⁴, los riesgos del cuerpo cierto⁵⁵, la presunción de la solidaridad pasiva⁵⁶, el régimen de sanciones al contrato⁵⁷, el término para ejercer las acciones redhibitorias⁵⁸, las reglas sobre arras⁵⁹ y cláusula penal⁶⁰ o el régimen legal de los intereses⁶¹, entre muchas otras.

Existen, además, otras instituciones y principios que hacían parte de nuestro derecho civil de las obligaciones y de los contratos incluso desde antes de la expedición del Código de Comercio, como el principio de consensualidad de los actos y contratos de derecho privado⁶², o aquellos que se derivan de las teorías del abuso del derecho⁶³, del enriquecimiento sin causa⁶⁴ o de

⁵³ BONVENTO FERNÁNDEZ (1987, p. 321 y ss.), ESCOBAR SANÍN (1988, p. 274 y ss.), ESCOBAR SANÍN (1994), HINESTROZA (2002, p. 177 y 333), ARRUBLA (2003, p. 64, p. 310), ALTERINI (2011, p. 130), CÁRDENAS (2011, p. 3 y ss.), CASTRO DE CIFUENTES (2011, p. 48), entre muchos otros.

⁵⁴ Artículos 756 del Código civil y 921 del Código de Comercio.

⁵⁵ Artículos 1607 y 1876 del Código civil y 929 y 930 del Código de Comercio.

⁵⁶ Artículos 1568 del Código civil y 825 del Código de Comercio.

⁵⁷ Artículos 1740 a 1756 del Código civil y 897 a 904 del Código de Comercio.

⁵⁸ Artículos 1923 del Código civil y 938 del Código de Comercio.

⁵⁹ Artículos 1859 a 1861 del Código civil y 866 del Código de Comercio.

⁶⁰ Artículos 1592 a 1601 del Código civil y 867 del Código de Comercio.

⁶¹ Artículos 2224 y ss. del Código civil, 884 y 886 del Código de Comercio y 72 de la Ley 45 de 1990.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de diciembre de 1956, G. J. LXXXIII, pp. 894-902, M. P. Daniel Escobar Anzola.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 6 de septiembre de 1935, M. P. Eleuterio Serna, G. J. XLII, pp. 586-606.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 6 de septiembre de 1935, M. P. Eleuterio Serna, G. J. XLII, pp. 586-

⁵² En el mismo sentido, CASTRO DE CIFUENTES (2010, p. 5), con referencias a otros autores.

la imprevisión⁶⁵. Sin embargo, la consagración positiva de tales instituciones en diversas normas del Código de Comercio⁶⁶ ha generado más de una interpretación que, de manera falaz, ha querido concluir que tales principios son exclusivos del derecho comercial, en virtud de la autonomía de este último⁶⁷.

3. Dificultades en la selección del régimen aplicable al caso

Los países que mantienen una estructura dual en su derecho privado, en los que subsiste un derecho civil general y un derecho comercial especial, preservan puntos de contacto entre uno y otro para llenar con las reglas del uno los vacíos que el otro pueda llegar a presentar, y para resolver las posibles contradicciones que puedan derivarse de la aplicación de ambos cuerpos normativos. A pesar de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una pluralidad de estos vasos comunicantes entre los ordenamientos civil y mercantil, su arquitectura es deficiente y está sobrecargada de fuertes contradicciones. Por un lado, en efecto, el artículo

5º de la Ley 153 de 1887 establece que en las antinomias que surjan entre disposiciones con el mismo grado de especialidad, que estuvieren en diversos códigos, deben preferirse las disposiciones del Código civil sobre las del Código de Comercio.

Por otro lado, el Título Preliminar del Código de Comercio estableció un orden para la aplicación de las distintas fuentes del derecho comercial, que no se corresponde con la lista expuesta en su articulado⁶⁸, y según el cual el derecho civil solo se aplica de manera subsidiaria⁶⁹, a falta de estipulación de las partes⁷⁰, ley comercial imperativa⁷¹ o supletiva⁷², costumbre mercantil local⁷³ o nacional⁷⁴ y analogía de las normas de derecho comercial⁷⁵ (legales o consuetudinarias)⁷⁶. Y a falta de ley civil tendrían aplicación los tratados

68 GAVIRIA GUTIÉRREZ, p. 28.

69 Código de Comercio, artículo 2º.

70 Código de Comercio, artículo 4º.

71 Código de Comercio, artículo 1º.

72 Código de Comercio, artículos 1º y 4º.

73 Código de Comercio, artículos 3º primer inciso, 5º y 6º, aunque este último fue objeto de derogación a partir del 1 de enero de 2014, en los términos del literal c) del artículo 626 del Código General del Proceso.

74 Código de Comercio, artículos 3º segundo inciso, 5º y 6º. Sobre la vigencia del artículo 6º del Código de Comercio, ver la nota anterior.

75 Código de Comercio, artículo 1º.

76 “[C]omo se deduce de estos preceptos, prima en caso de vacío legal la aplicación de la analogía de las normas comerciales por sobre la aplicación de los preceptos de naturaleza civil, claro se ve que el legislador, en principio, quiso guardar que los asuntos mercantiles fueran definidos atendiendo a su propia naturaleza y de acuerdo con las normas que han sido expedidas en consonancia con ésta y con la agilidad que de suyo ostenta el tráfico comercial, mucho más y antes que acudir a otro ordenamiento extraño o incompatible”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2001, M. P. Nicolás Bechara Simancas, Exp. 5791.

606. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 19 de noviembre de 1936, M. P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLIV, pp. 471-476; 14 de abril de 1937, M. P. Liborio Escallón, G. J. XLV, pp. 25-32.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 29 de octubre de 1936, M. P. Liborio Escallón, G. J. XLIV, pp. 455-458; de la Sala Plena de 25 de febrero de 1937, M. P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLIV, pp. 613-623; de la Sala de Casación Civil de 23 de mayo de 1938, M. P. Arturo Tapia Piloneta, G. J. XLVI, pp. 523-546.

66 Artículos 824, 830, 831 y 868 del Código de Comercio.

67 Por ejemplo, frente a la forma del contrato de promesa en materia mercantil, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 13 de noviembre de 1981, M. P. Alfonso Guarín Ariza, G. J. CLXVI, p. 610 y de 12 de septiembre de 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 5397, o frente a la forma del contrato de compraventa de inmuebles, MARTÍNEZ NEIRA (1986, pp. 49-60).

o convenciones internacionales que no han sido ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional y los principios generales del derecho mercantil⁷⁷.

En el anterior recuento, resulta problemático el papel que juegan las leyes civiles imperativas dentro de la ordenación. En efecto, como el artículo 2 del Código de Comercio no distingue entre las normas de carácter imperativo o dispositivo⁷⁸, una interpretación literal de tales normas llevaría a la conclusión según la cual el derecho comercial permite que los particulares deroguen, por convenio particular, normas que en el derecho civil son de orden público. Asimismo, es importante señalar que, según la citada lista, principios generales del derecho mercantil como el de autonomía, solo tendrían aplicación en los casos para los cuales ni siquiera el derecho civil disponga de una solución expresa.

En fin, y para terminar de complicar el panorama, el artículo 822 del Código de Comercio, según el cual “[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación,

modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”⁷⁹.

Tal como lo ha aclarado la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, la norma citada establece una referencia expresa a los preceptos del Código civil sobre obligaciones y contratos, a pesar de que en su literalidad se refiera a ellos, de forma algo ambigua, como “principios”⁸⁰. Según eso, las reglas de derecho civil sobre obligaciones y contratos entrarían a aplicarse de una manera directa sobre las cuestiones mercantiles, y solo cederían ante una regla comercial —que en muchos casos no se sabe si debe ser expresa o tácita— que dispusiera lo contrario (“a menos que la ley establezca otra cosa”). De esta manera, las normas imperativas o supletivas civiles se aplicarían de manera concurrente con las mercantiles del mismo tipo, y solo serían descartadas en el evento de una antinomia con estas⁸¹.

77 Código de Comercio, artículos 7º, 8º y 9º. Los artículos 7º y 8º del Código de Comercio fueron derogados a partir del 1 de enero de 2014, en los términos del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso. Las reglas allí dispuestas fueron incorporadas, con pocos cambios en el artículo 179 del mismo estatuto.

78 GAVIRIA GUTIÉRREZ, p. 27, considera que la remisión indefinida a la ley civil debe entenderse hecha únicamente a los preceptos de carácter dispositivo o supletivo: “No creemos realmente que la ley civil imperativa sea aplicable a las cuestiones comerciales sin un llamamiento expreso y concreto de la ley mercantil. Si así no fuera, se trastornaría todo el ordenamiento jerárquico de las fuentes formales del derecho mercantil y tendríamos que admitir la ley civil imperativa, sin necesidad de un llamamiento explícito, en lugares de privilegio, desplazando fuentes típicamente comerciales como la ley supletiva, los contratos y las costumbres mercantiles, lo cual es contrario a la naturaleza especial y autónoma del comercio”.

79 Esta redacción se corresponde casi de manera idéntica con la del artículo 182 del extinto Código de Comercio Terrestre.

80 Esta postura es clara sobre todo en la línea jurisprudencial desarrollada con anterioridad a la expedición del Decreto 2651 de 1991, cuando se exigía, con excesivo rigor, la cita del artículo 822 como parte integrante de la denominada “proposición jurídica completa” para atacar en casación los errores de la sentencia del Tribunal. Ver al respecto las sentencias de casación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 10 de noviembre de 1985, M. P. Humberto Murcia Ballén, G. J. CLXXX, p. 448; 3 de octubre de 1986, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández, G. J. CLXXXIV, p. 312; 1º de abril de 1987, M. P. Rafael Romero Sierra, G. J. CLXXXVIII p. 123; 11 de agosto de 1988, M. P. Eduardo García Sarmiento, G. J. CXCII p. 54; 25 de agosto de 1988, M. P. Héctor Marín Naranjo, G. J. CXCII p. 99, entre muchas otras.

81 GAVIRIA GUTIÉRREZ, pp. 24-26.

D. La jurisdicción comercial

Un cuarto y último argumento a favor de la autonomía del derecho comercial se refiere a la existencia de tribunales especializados, independientes de los jueces ordinarios, encargados de juzgar los actos de derecho mercantil⁸².

Este argumento, al menos en Colombia, es el más débil y alejado de la realidad. A lo largo de su historia, los jueces especializados en comercio solo han sido un propósito bienintencionado del Legislador, que nunca ha llegado a materializarse en la práctica. Solo entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX existió, en el efímero consulado de Cartagena de Indias, un verdadero tribunal de comercio⁸³. Sin embargo, alrededor de veinticinco años después de su creación, fue suprimido en 1821 como medida de eliminación de las instituciones que constituyan un rezago de la Colonia⁸⁴. Desde entonces, y tras muchos ires y venires de la legislación nacional⁸⁵, en Colombia no ha operado una ju-

risdicción de comercio. Y si bien para algunas materias se ha especializado el conocimiento de las controversias jurisdiccionales sobre algunos asuntos en las superintendencias⁸⁶, se trata de cuestiones que no están definidas en función de la mercantilidad, que reciben un mismo tratamiento independientemente de la calidad de las partes o que carecen de doble regulación.

E. Conclusiones del capítulo

Las páginas anteriores nos muestran un panorama en que las distinciones entre el derecho civil y el mercantil, que antiguamente se presentaban como un marco tajante, infranqueable y autónomo, en la actualidad la realidad se ha encargado de desdibujar. Dice la Corte Constitucional que “las fronteras entre el Código Civil y el de Comercio no pueden hoy definirse con precisión, dadas las modernas tendencias del Derecho y la veloz evolución de los fenómenos objeto de él, de donde resulta que es la ley la llamada, finalmente, a resolver cuál es el campo normativo ocupado por cada uno”⁸⁷. De allí

⁸² NARVÁEZ (2011, pp. 13-14).

⁸³ Dicho consulado fue creado mediante Real Cédula de erección del Consulado de Cartagena de Indias, expedida en Aranjuez a 14 de junio de 1795. Sobre el punto, ver también MEANS (2011, p. 186), McFARLANE (1993, p. 181 y ss.).

⁸⁴ Ley de 12 de octubre de 1821, artículo 73. Ver también, McFARLANE (1993, p. 183).

⁸⁵ La Ley de 23 de junio de 1824, los decretos del Gobierno de 1 de agosto de 1829 y de 3 de febrero de 1830 y la Ley de 29 de mayo de 1833 restablecieron la figura a nivel legislativo. Una ley de 23 de mayo de 1836 la eliminó y restableció la competencia a favor de los jueces ordinarios. Las leyes de 4 de mayo de 1852 y de 16 de julio de 1853, posteriormente, dispusieron nuevamente la creación de tribunales de comercio, sin que ello haya tenido reflejo en la realidad. La Constitución Política de 1886, en su artículo 163, establecía la posibilidad de que se crearan tribunales de comercio, al igual que el artículo 7 del Código de Comercio Terrestre, pero deferían la competencia a los jueces civiles donde no se hubieren creado.

A lo largo del siglo XX se mantuvo la competencia de los jueces civiles incluso para asuntos típicamente comerciales, como la quiebra y

los concordatos, según se ve en los artículos 1084 y siguientes de la Ley 105 de 1931, 18 y 25 del Decreto 2264 de 1969, 1912 y 1941 del Decreto 410 de 1971, 16 numeral 8 del Decreto 1400 de 1970, y 4º del Decreto 350 de 1989. Y si bien el Decreto 2273 de 1989 dispuso la creación de 23 juzgados del circuito especializados en asuntos de comercio, en ocho de las principales ciudades capitales del país, dichos juzgados nunca fueron implementados y la figura se eliminó en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

⁸⁶ Así, en algunas cuestiones en materia de insolvencia (artículo 90 de la Ley 222 de 1995, artículos 37 a 39 de la Ley 550 de 1999, artículo 6º de la Ley 1116 de 2006), de sociedades (artículos 133 y siguientes de la Ley 446 de 1998), competencia desleal (artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998), de protección al consumidor (artículos 145 de la Ley 46 de 1998 y 57 a 58 de la Ley 1480 de 2011) y, más recientemente, de propiedad industrial (artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso).

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-435 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz.

que en la actualidad sea necesario replantear la distinción a favor de otros valores más importantes, como la seguridad jurídica, y se haga necesario un trabajo de unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos en Colombia.

II. VÍAS PARA LOGRAR LA UNIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EN COLOMBIA

Tal como se planteó más arriba, es conveniente y necesario unificar y modernizar el régimen civil y comercial de las obligaciones y de los contratos privados en Colombia. Tal afirmación desemboca naturalmente en un problema de fuentes, y en el interrogante acerca de cuál debería ser la mejor forma o método para adelantar dicho proceso, que es la materia central de este estudio. Así, antes de presentar una propuesta sobre el tema, se analizarán las ventajas y las desventajas de algunas de las principales metodologías disponibles para tal fin: la codificación (1), la expedición de varias leyes especiales (2), la jurisprudencia (3), la doctrina (4) y las “recolecciones a derecho constante” (5).

A. La vía de la codificación

1. Explicación de la figura y funciones de la codificación

La alternativa de un código único de obligaciones y contratos de derecho privado es, quizás, la práctica más difundida en los países que han emprendido un proceso de unificación, y se ha convertido en el referente obligado de todo debate al respecto y en modelo por excelencia

de todo proceso unificador. Los grandes paradigmas de la tradición romano germánica se identifican con los códigos que consolidan su derecho⁸⁸.

No todos los trabajos de este tipo llevan el proceso de unificación a un mismo grado: algunos códigos se limitan a recoger reglas de distinta naturaleza en un solo cuerpo y su labor es eminentemente formal; otros van más allá y proponen una verdadera consolidación material de las instituciones que allí se tratan. A continuación se presentan, brevemente, ambos paradigmas.

1.1. Unificación en sentido formal. El código como compilación

La unificación en sentido formal es la que más se relaciona con el origen de la palabra “código”. El codex, para los romanos, era un ensamble de varias tablillas u hojas unidas por uno de sus extremos a través de anillos o costuras. Esta forma de enlegajar los documentos se popularizó por encima de los volúmenes (rollos de papiro), al punto que hoy en día es el estándar de los libros impresos en papel. Desde Roma el codex se convirtió en el formato por excelencia para llevar a cabo las distintas compilaciones legislativas⁸⁹, como la ordenada por Justiniano,

⁸⁸ Así, el Código suizo de las Obligaciones y de los Contratos de 1881, incorporado como libro V del Código civil de 1912, el de Túnez de 1906, el de Marruecos de 1912, el de Tailandia de 1925, el de China de 1930, el de Turquía de 1926, el de Libano de 1934, el de Polonia de 1934, el de Italia de 1942, el de la Unión Soviética de 1964, el de Madagascar de 1966, el de Senegal de 1967, el de Perú de 1984, el de Paraguay de 1987, los Principios Generales de la República Popular China de 1987, el de Cuba de 1988, el de Holanda de 1992, el de Mongolia de 1994, el de la Federación Rusa de 1994, el de Vietnam de 1995 y el de Brasil de 2002. Ver HALPERIN (2000, p. 7) y ALTERINI (2011, p. 132).

⁸⁹ SCHIPANI (2010, p. 29).

tanto que en la actualidad la palabra “código” tiene una fuerte connotación jurídica, en el sentido alemán de *Gesetzbuch* (libro de leyes)⁹⁰.

Desde su etimología, el código sugiere un trabajo de recopilación o reunión de varios textos en un único tomo; así, en Roma se utilizó para recopilar las distintas *leges* imperiales en un solo cuerpo de consulta⁹¹. Esta metodología fue empleada también por las distintas recopilaciones de leyes españolas⁹², las ordenanzas comerciales⁹³ e incluso compilaciones locales, como la Granadina⁹⁴. En todas ellas la unificación operada por el “código” es formal, pues se limita a recopilar varios textos dispersos en un único documento. Dicho trabajo de compilación, sin embargo, no supone la eliminación de las diferencias entre las distintas reglas en juego, ni resuelve *per se* las antinomias que pueda presentar el material compilado. Se trata apenas de un “libro de derecho, destinado a fijarlo con vistas a consolidar su vigencia y facilitar la labor del juez”⁹⁵.

Procesos de unificación en sentido formal son comunes en el derecho legislado. Nuestro Cód

digo de Comercio de 1971, por ejemplo, unificó formalmente los estatutos terrestre y marítimo de 1887, en el que quedaron vivas algunas normas contradictorias sobre las distintas modalidades del contrato de transporte⁹⁶.

1.2. Unificación en sentido material. El código como sistematización

El movimiento codificador de los siglos XVIII y XIX planteó una idea más compleja de “código”, en la que confluyeron los ideales científicos de la Ilustración con los propósitos políticos de unificación política de los territorios nacionales. Al cabo de dicho proceso, el código dejó de ser una simple “recopilación de leyes o estatutos”, para convertirse en un auténtico “cuerpo de normas dispuestas según un orden metódico y sistemático”⁹⁷.

Bajo el influjo de la Ilustración y del liberalismo político, los códigos civiles fueron el reflejo, para el derecho privado, de las constituciones para el derecho público⁹⁸. La codificación debía ser una construcción de la razón, que hiciera efectivos a un mismo tiempo los ideales burgueses de libertad, igualdad, previsibilidad, estabilidad y seguridad jurídica⁹⁹, en un sistema armónico y

90 TARELLO (1971, p. 37).

91 Así, en la C. I. (C. I. 1.1), 6 pr: “solum ius relinquatur, quod ut brevitate constrictum claritate luceat” y en Nov. Th. 1 de Theodosiani codicis auctoritate: “discussis tenebris compendio brevitatis lumen legibus dedimus”, SCHIPANI (2010, p. 31).

92 Así, por ejemplo, la Nueva Recopilación de Castilla de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.

93 Como las Ordenanzas de Colbert de 1673 en Francia y las Ordenanzas de Bilbao de 1737 en España.

94 Así, la Recopilación Granadina de 1845.

95 BRAVO LIRA (2004, p. 30).

96 Algunos problemas de interpretación generados por ello en el régimen de indemnizaciones por pérdida de la cosa transportada son planteados en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 8 de septiembre de 2011, M. P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01.

97 HINESTROSA (2011, pp. 10-11).

98 GIOELE SOLARI, citado por RODOTÁ (1971, p. 31).

99 En este sentido, IRTI expresa que “El mundo de la seguridad es, pues, el mundo de los códigos, que traducen, en una ordenada secuencia de artículos, los valores del liberalismo decimonónico. De aquí el significado «constitucional» de los códigos civiles, en el sentido de que éstos

racional, similar a un modelo matemático compuesto de axiomas, teoremas y corolarios¹⁰⁰.

Esta noción científica del código, aplicada a los procesos de unificación, demanda que al cabo del proceso se dé nueva forma a las instituciones recogidas¹⁰¹, que se ordenarán en un sistema¹⁰². Un trabajo de este tipo supone la reforma del derecho existente¹⁰³, que puede conservar, extender, eliminar o reinventar por completo las reglas del sistema. El resultado de una unificación material será “un ordenamiento inteligible a

no se limitan a disciplinar simples mecanismos técnicos (más o menos perfectos y complejos), sino que recogen la filosofía de la revolución burguesa. (...)

El estilo de los códigos decimonónicos es deudor de esta necesidad de protección externa y de garantía de la previsión individual. La inmutabilidad es considerada el primer y fundamental carácter de una legislación civil: la discontinuidad y los cambios, no sólo alteran los cálculos y frustran las expectativas de los individuos, sino que están en contradicción con las leyes naturales”. IRTI (1992, p. 19).

100 Explicaba DUGUIT en las célebres conferencias que impartió en la Universidad de Buenos Aires en 1911: “Los hombres de 1789 y los autores del Código de Napoleón, y también, preciso es decirlo, la gran mayoría de los jurisconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny, estimaban que había allí un sistema de derecho definitivo que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el derecho de todos los pueblos civilizados no podría ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en esos textos”. Duguit (1920, pp. 21-22).

101 Corte Constitucional, sentencia C-435 de 1996 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz.

102 “[P]ara que un cuerpo normativo pueda ser calificado como un código”, afirma la Corte, debe tratar “una materia determinada en una forma completa, integral y sistemática. Es decir, no cabe pensar que se está en presencia de un código cuando el texto en análisis deja muchos temas sin resolver, o cuando coexisten con él un gran número de normas que se ocupan de la misma materia, sin que en este último caso dicho cuerpo legal disponga que esas normas se consideran parte integrante del mismo”. Corte Constitucional. Sentencia C-362 de 1996. M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

103 La expresión “codificación-reforma” es utilizada por BRUNO OPPETIT y RÉMY CABRILLAC por oposición a la “codificación-recopilación”, como tales autores definen a la codificación en sentido formal. Ver TAPIA (2005, p. 168).

la luz de principios y de una forma conceptual... articulada por una ratio que sirve de horizonte interpretativo a casos suscitados en circunstancias muy diversas”¹⁰⁴.

2. Ventajas del modelo codificado

2.1. El código representa un ejercicio de unidad y centralización normativa

La codificación supone un intento por reducir la cantidad y la complejidad de las normas existentes. El Estado de derecho se basa en el supuesto según el cual todos los ciudadanos conocen y deben aplicar la normativa que rige la comunidad¹⁰⁵. Este supuesto se expresa de maneras muy variadas en una serie de principios, como aquellos según los cuales la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su incumplimiento¹⁰⁶, la prohibición de la costumbre *contra legem*¹⁰⁷, la presunción de mala fe en el error de derecho¹⁰⁸ y la exclusión del error de derecho como vicio del consentimiento¹⁰⁹.

El código, al organizar toda un área del derecho en un único referente, ayuda a realizar exitosamente tales principios “trascendiendo la dispersa fragmentariedad de los grupos sociales y de las fuentes jurídicas” y ascendiendo con

104 BARROS BOURIE (2005, p. 153).

105 Corte Constitucional, sentencias C-544 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía y C-651 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

106 Artículo 9 del Código civil.

107 Artículo 8 del Código civil.

108 Artículo 768 del Código civil.

109 Artículo 1509 del Código civil.

ello “hacia más altas costas de unidad política y normativa”¹¹⁰. Ideal este que aún persiste, en parte, en la exigencia de redactar leyes breves y precisas¹¹¹.

2.2. El código sistematiza coherentemente los temas sujetos a su regulación

Detrás de los códigos se encuentra la idea que, posteriormente, habría de ser llamada por Max Weber “racionalización del Derecho”¹¹²: un ordenamiento es tanto más racional cuanto más previsibles resulten las decisiones que se adoptarán con fundamento en él. La existencia de un único cuerpo legal, coherente y sistemático refleja el ideal de un ordenamiento jurídico que esté en grado de dar respuestas a los casos concretos, incluso a aquellos que no tienen una regla expresa, pero que puedan extraerse de los principios y la estructura del código. La pretensión de exhaustividad del código, así como la existencia de mecanismos internos de autointegración de sus contenidos, ha llevado a que muchas de las disposiciones de nuestro Código civil hayan pasado la prueba del tiempo, especialmente en materia de obligaciones y contratos.

2.3. Los códigos facilitan el acceso, la consulta y la divulgación del derecho

Alfonso X, El Sabio, en el prólogo a las Siete Partidas, justificaba la realización de un trabajo de

compilación de las reglas de derecho en “dar ca rrera á los homes de conocer derecho et razon, et se soriesen guardar de non facer tuerto nin yerro, et soriesen amar et obedecer á los otros reyes el señores que despues dél viniesen”. Siglos más tarde, Portalis afirmaba que “[e]l conocimiento de la ley es una enseñanza provechosa para cada ciudadano; al aprender a conocer sus deberes hacia el conglomerado social, al comprender la razón y utilidad de cada prescripción legal, el hombre engrandece su juicio, rectifica sus ideas y reduce a sus justas proporciones sus pretensiones a menudo exageradas”¹¹³.

Las codificaciones desempeñan una enorme función pedagógica y son el referente central de consulta de las instituciones jurídicas de la materia que tratan¹¹⁴. No en vano, durante muchos años con posterioridad a las grandes codificaciones del siglo XIX, la academia centró la enseñanza del derecho privado en la exégesis de los códigos¹¹⁵, sus publicaciones siguieron la lógica del comentario de su normatividad¹¹⁶ y los progra-

113 PORTALIS (1844, p. VII).

114 “No puede, pues, discutirse lo que se puede llamar la función pedagógica de los Códigos —afirma DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN—. El derecho codificado es el que se hace objeto de estudio. No es tampoco casual que los códigos contengan cláusulas explicativas al modo de un pequeño catecismo. (...) El Código es el tema de aprendizaje del derecho: lo que es objeto de las investigaciones sobre los fundamentos, las conexiones y el alcance de las normas. Desde este punto de vista resulta evidente la diferencia entre las disciplinas del Código y las disciplinas que carecen de él. Sólo las primeras se integran con nosotros, formando un conglomerado con nuestra conciencia y se distinguen de las amplias zonas del ordenamiento legal y reglamentario, siempre mal conocidas y peor analizadas”. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 477).

115 LÓPEZ MEDINA (2004, p. 136 y ss.).

116 Al respecto es muy diciente la cita de CHAMPEAU Y URIBE que trae sobre el punto LÓPEZ MEDINA (2004, p. 178): “Ante todo nos hemos propuesto interpretar el Código Civil que hoy rige, estudiándolo en la letra de sus textos, en la fuente donde han de tomarse y a la luz de las decisiones de la jurisprudencia”.

110 IRTI (1992, p. 19).

111 TAPIA (2005, p. 174).

112 Citado por ACCATINO (2005, p. 193). También DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 474).

mas de las universidades se referían indistintamente al “Derecho civil” o al “Código civil”¹¹⁷.

Pero la función pedagógica del código va mucho más allá de la simple explicación de su literacidad, a la usanza de la *École de l’Exégèse*. El código, además, es el referente central para que el ciudadano conozca la legislación vigente, que deja de ser monopolio de los abogados¹¹⁸, y así realice el “valor constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la ley”¹¹⁹.

3. Desventajas del modelo codificado

3.1. El código es una estructura rígida, de difícil adaptación y reforma

El código, ya se dijo, cumple con una importante función de concentración y sistematización de las normas jurídicas aplicables a una cierta área. Sin embargo, la naturaleza de dichos cuerpos legislativos termina siendo, inexorablemente, una “cárcel”¹²⁰ que impide adaptarlo a los cambios por los que atraviesa la sociedad. Si las soluciones que prevé el derecho deben ser adecuadas de acuerdo con la “atenta observación de la realidad económica”¹²¹, el código como re-

ferente único y sistemático de la legislación, en no pocos casos impide hacer frente a las nuevas necesidades sociales. La estructura sistemática y reflexiva de las codificaciones riñe con el dinamismo de la vida social; esta demanda con urgencia nuevas regulaciones, que a veces es más fácil atender por vía de leyes especiales¹²² que a través de reformas a los códigos¹²³, ya que estos implican adaptar sus complejas categorías conceptuales, su estructura orgánica¹²⁴ o la numeración de sus artículos¹²⁵.

3.2. El código es un modelo temporal

La expedición de un código supone un arduo trabajo académico-sistemático y el cumplimiento de agotadoras etapas a nivel legislativo, bajo el entendido de que dichas reglas se mantengan a lo largo de un período más o menos prolongado de la historia¹²⁶. En una realidad cambiante

¹²² IRTI (1992, pp. 62-63).

¹²³ Así, CUPIS (1979, pp. 52-53): “puede reprocharse al legislador especial de no haber sabido, o querido, adaptar a las nuevas exigencias instituciones del código susceptibles de aplicaciones útiles”.

¹²⁴ Artículo 43 de la Ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal).

¹²⁵ “Cuando el legislador decide expedir un código no solamente crea o establece los preceptos jurídicos que lo han de conformar, sino que los ordena u organiza en una forma sistemática y metódica, haciendo las subdivisiones que considera apropiadas. Dichos preceptos se denominan artículos los cuales generalmente, se identifican con un número consecutivo y ascendente, de manera que la modificación de tal numeración es también una tarea que debe ejercer quien tiene la competencia para expedirlo, esto es, el Congreso de la República, por cuanto ella toca la estructura misma del código. No se olvide que un código es simplemente una ‘técnica legislativa’ en la que el legislador reúne y ordena un conjunto de normas relacionadas con una misma materia”. Sentencia C-582 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería. Con base en eso, dicho tribunal constitucional ha considerado que el Gobierno no está facultado por vía de decreto, para alterar la numeración de los códigos. La misma posición es reiterada con posterioridad, entre otras, en la sentencia C-259 de 2008.

¹²⁶ “[E]l Código representa, al mismo tiempo, una utopía, porque es algo así como plasmar un instante de la realidad y pretender que la realidad

¹¹⁷ VALDIVIESO LOBOS (2005, p. 39).

¹¹⁸ “La vieja regla «nemo ius ignorare censemur» se comprende de esta manera con un nuevo significado, que expresa también la idea de que las leyes y la justicia no deben dejarse en manos de una clase —los juristas— sospechosa de complicidad con el antiguo régimen y que es, por esta misma razón, un instrumento de opresión”. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 476).

¹¹⁹ La expresión viene de la decisión del Consejo Constitucional francés No. 99-421 DC de 16 de diciembre de 1999.

¹²⁰ ZIMMERMANN (2008, p. 12 y ss.).

¹²¹ GARRIGUES (1978, p. 58 y ss.), BROSETA (1965, pp. 77-79).

como la nuestra, que permanentemente demanda una revisión del derecho, este ideal no es más que una utopía. Toda codificación envejece¹²⁷ y está llamada a extinguirse, y sería vano pensar que se trata de un producto terminado, destinado a regir a la sociedad a perpetuidad¹²⁸. Tarde o temprano la realidad exigirá adaptar los marcos normativos a las nuevas y cambiantes necesidades, y entonces será preciso reformar el código o expedir nuevas leyes en su periferia.

3.3. El código supone grandes dificultades en su trámite legislativo

El numeral 2 del artículo 150 de nuestra Constitución de 1991 reservó a la ley la misión de “Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”. Consecuencia de ello, toda reforma a los códigos debe tramitarse por el Congreso, en la forma establecida en la Carta Política y en la Ley 5^a de 1992. Nuestra Corte Constitucional ha sido inflexible al respecto y ha sostenido que, en la práctica, todo asunto que guarde relación con los códigos es de competencia exclusiva del Congreso de la República, incluso los temas netamente formales y que no tocarían su contenido, como la numeración de sus artículos¹²⁹.

será siempre la misma. El Código se encontraba, por ello, desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, que, incesantemente fueron posteriormente surgiendo (...). DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 478).

127 CASTÁN VÁSQUEZ (1988, p. 50).

128 El mismo PORTALIS, en su Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil de 1º de lluvioso del año IX (21 de enero de 1801), expresó al respecto que “Preverlo todo es *un objetivo imposible de cumplir*” PORTALIS (1844, p. 6).

129 Ver, por ejemplo, las sentencias C-582 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería y C-186 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Estos aspectos hacen de la reforma a los códigos una solución poco apetecida por el legislador, en especial si se confrontan con la relativa facilidad que supone expedir una ley especial con una cláusula general de derogatoria de las disposiciones que le sean contrarias¹³⁰, así estas generen fragmentariedad, dispersión normativa y dificultades en la aplicación del derecho¹³¹.

B. La vía de la descodificación

1. Explicación de la figura

Una segunda vía por la cual es posible realizar un trabajo de unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos se aparta radicalmente de la idea del código: la síntesis podría hacerse a través de múltiples leyes especiales que se limiten a eliminar la dualidad frente a temas específicos. La unidad del derecho privado de las obligaciones y de los contratos, desde esta perspectiva, no tiene por qué reflejarse en la unidad de sus fuentes, sino en el resultado de muchos pequeños esfuerzos dispersos.

1.1. La “edad de la descodificación”

Desde hace varias décadas la figura del código ha encontrado fuertes detractores dentro de la doctrina, en especial después de que Natalino

130 Así, CASTÁN VÁSQUEZ (1988, p. 53), comparte esta idea pues las leyes especiales “son más efímeras y más cambiables que el Código, porque esas se pueden reformar todos los días, mientras que un Código Civil no se reforma tan fácilmente”.

131 Muy dicientes, al respecto, resultan algunas leyes especiales que han roto la unidad inicial de algunos temas originalmente regulados en Colombia por los códigos, como la Ley de discapacidad (Ley 1306 de 2009) o el Régimen de competencia desleal (Ley 256 de 1996), por poner tan solo algunos ejemplos.

Irti publicara su famoso ensayo *La edad de la descodificación*¹³², también llamada por algunos la “edad de la poscodificación”¹³³.

Según el autor, el código, como metodología legislativa, ha entrado en una profunda crisis y ha sido desplazado de su rol central en el ordenamiento. Existe, por el contrario, una constelación de leyes especiales que se ubican por fuera de las fronteras de los códigos y erosionan su estructura¹³⁴. Muchas de ellas constituyen verdaderos estatutos autónomos, microsistemas o cuerpos autosostenibles, con una lógica propia¹³⁵. Su interpretación no se reconduce al código, sino a la exégesis¹³⁶ y a la analogía de sus propias normas¹³⁷. Consecuencia de lo anterior, el código ha sido reducido a una estructura vacía¹³⁸, de aplicación residual¹³⁹ y de inferior jerarquía con respecto a las leyes especiales¹⁴⁰.

Este diagnóstico, según Irti, responde a un cambio en el modelo de la sociedad, conformada ahora por distintos grupos de interés que abogan por un trato diferencial. Lejos del ideal revolucionario de la ley como disposición racional, abstracta e impersonal, las nuevas normas están concebidas a favor del grupo que las promueve¹⁴¹ y su interpretación debe ajustarse a la lógica de este¹⁴².

1.2. La unificación en un mundo descodificado

Un universo jurídico descodificado puede servir para unificar los regímenes civil y mercantil en materias concretas donde exista duplicidad de regulaciones. Baste poner como ejemplo la experiencia exitosa de la Ley 222 de 1995, que unificó el régimen de sociedades en Colombia. Si bien por su propia naturaleza, las leyes especiales no están en capacidad de reconducir a un único cuerpo el derecho privado de obligaciones y contratos, los modelos que se propongan por esta vía pueden, en ciertos casos como el del ejemplo planteado, proponer una verdadera unificación en sentido material.

2. Ventajas del modelo descodificado

2.1. El modelo descodificado es un modelo dinámico

El modelo descodificado se opone a la rigidez que impone la sistematicidad y la estructura de

132 Una traducción al castellano de dicho artículo fue publicada en el año 1992, junto con otros trabajos más recientes del mismo autor, en una compilación titulada también *La edad de la descodificación*. Cfr. IRTI (1992, pp. 17 a 41).

133 TOMÁS Y VALIENTE, citado por FIGUEROA YÁNEZ (2005, p. 104).

134 LEÓN (2004, p. 263 y ss.), invita a hacer una lectura de la descodificación como un fenómeno descriptivo, y advierte del peligro de caer en artificios emotivos, o atacar el Código civil con base en él, “mucho menos, desde luego, cuando no se sabe de qué se está hablando”.

135 IRTI (1992, p. 59), HINESTROSA (2003, p. 72).

136 IRTI (1992, p. 83 y 133 a 136), ASCARELLI (1971, p. 91).

137 IRTI (1992, p. 76).

138 *Ibid.*, p. 70.

139 *Ibid.*, p. 51.

140 *Ibid.*, p. 97. CASTÁN VASQUEZ (1988, p. 51). ALTERINI (2011, p. 138), por su parte, dice que lo anterior implica tan solo una redefinición de la función de los códigos, que ya no abarcan la regulación de la totalidad de la vida social, pero siguen siendo el receptáculo de los principios generales del sistema. En el mismo sentido, HINESTROSA (2003, p. 72 y 2010, p. 8).

141 IRTI (1992, p. 33 y 79-80).

142 *Ibid.*, pp. 83, 133.

los códigos. Aun cuando los asuntos objeto de regulación deben seguir expidiéndose por vía de leyes, estas se dedicarán puntualmente a regular el asunto concreto, sin necesidad de ajustar el sistema ni las instituciones del código. En lo no previsto por la legislación especializada, el código tendría aplicación subsidiaria. Las ventajas de ello, en términos de tiempo y de trámites legislativos, son evidentes, sin necesidad de explicaciones adicionales. En un proceso de unificación de regímenes civil y comercial, dicho dinamismo redundaría en favor de una unificación paulatina y por temas, según lo aconsejen la urgencia y la conveniencia del caso.

2.2. El modelo descodificado es un modelo diferenciado

Los nuevos tiempos exigen que el ordenamiento jurídico se aleje del ideal igualitario de la Revolución Francesa, a favor de acciones afirmativas o criterios diferenciadores para lograr la igualdad real de las personas¹⁴³. “El principio de igualdad —explica Irti— ya no empuja hacia la uniformidad, sino hacia la diferenciación”¹⁴⁴. De ahí que resulte conveniente y deseable establecer términos distintos, por ejemplo, el arrendamiento general del que versa sobre vivienda urbana¹⁴⁵, la compraventa con el consumidor de las demás

ventas¹⁴⁶ o distintas clases de regímenes de insolvencia¹⁴⁷.

2.3. El modelo descodificado es adecuado para responder a intereses de grupo

El universo de las leyes especiales es inorgánico. Detrás de cada nueva regulación existen intereses de grupo e ideologías distintas, que inspiran y orientan su interpretación y aplicación, y cuyos confines se restringen a los de la regulación especial. Esta lógica de microsistemas, como la llama el mismo Irti¹⁴⁸, es esencial para garantizar la movilidad social y hace que la legislación especial sea la más adecuada para reflejar y regular la dinámica social a la que se dirige.

3. Desventajas del modelo descodificado

3.1. La descodificación contribuye a la hiperinflación normativa

El modelo descodificado resulta inadecuado para lidiar con los fenómenos que han sido denominados, muy al caso, “hemorragia legislativa”¹⁴⁹, “inflación incontenible de leyes”, “cúmulo de leyes desbocadas”¹⁵⁰, que lejos de la simplicidad y claridad que perseguían los códigos genera un

143 Al respecto, ver las sentencias de la Corte Constitucional T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón y SU-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

144 IRTI (1992, p. 80), RODOTÁ (1971, pp. 20-21).

145 Ver, por ejemplo, la Ley 820 de 2003 *versus* el régimen de arrendamientos del Código civil.

146 Así, la Ley 1480 de 2011 *versus* el régimen del Código de Comercio.

147 Sobre el punto, en Colombia existe una pluralidad de mecanismos de insolvencia dispersos entre la Ley 1564 de 2012, la Ley 1116 de 2006, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 550 de 1999 y el Decreto Ley 254 de 2000.

148 IRTI (1992, p. 80).

149 CASTÁN VÁSQUEZ (1988, p. 51).

150 GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, p. 45 y ss.).

“amasijo de diversos fragmentos”¹⁵¹ y convierte el ordenamiento en un “mundo especialmente abigarrado y confuso”¹⁵². Lejos de los ideales de permanencia y estabilidad, las nuevas normas buscan conjurar coyunturas¹⁵³ a través de “leyes de propósito”¹⁵⁴, “leyes de medidas” o “leyes de acompañamiento”¹⁵⁵.

Un enjambre desordenado de leyes “mal conocidas y peor analizadas”¹⁵⁶ sumerge al ciudadano en un laberinto normativo de difícil tránsito para este, haciendo que el principio según el cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa” se convierta en una ironía, cuando no en una burla.

3.2. La proliferación de leyes especiales favorece a grupos con alto poder político y económico

Expresaba Tácito, en su libro tercero de los *Anales*, “*corruptissima Republica plurimae leges*”: el número de leyes es mayor cuanto más corrupto sea el Estado. La descodificación, se dijo, implica una legislación a favor de “grupos de interés” y en contra de la llana igualación de los ciudadanos. Sin embargo, tales grupos por regla general no corresponden a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad ni los

potenciales destinatarios de “acciones afirmativas” del Estado.

“El nuevo derecho –afirma Hinestrosa– surge (...) de la negociación entre el Estado (gobierno, parlamento) y los grupos (gremios, sindicatos, asociaciones), cuando no de las presiones de estos”¹⁵⁷. El resultado, según el mismo autor, es la actual pluralidad de ordenamientos, de acuerdo con una aparente estratificación social¹⁵⁸ que no necesariamente responde a los ideales de igualdad real.

3.3. El recurso a la descodificación es inadecuado para un proceso de unificación

Sin perjuicio de los pocos, pero exitosos, procesos de unificación por vía de leyes especiales en Colombia, en términos generales el modelo descodificado es inadecuado para superar las barreras entre el derecho civil y el comercial. El enfoque diferenciado que propone un modelo basado en leyes especiales riñe, de entrada, con la filosofía misma de un proceso de unificación. El énfasis en la diferencia, la falta de una planificación, de una metodología única o de una articulación a mediano plazo de las distintas leyes unificadoras, hace que esta vía sea demasiado impredecible e inconveniente para adelantar un proyecto serio de unificación¹⁵⁹.

151 CUPIS (1979, p. 53).

152 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 479).

153 CARL SCHMITT, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, p. 50), se refiere a las leyes que cumplen con este rol como *Massnahmegesetz* o “Leyes-medida”.

154 HINESTROSA (2003, p. 71).

155 GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, pp. 50-51).

156 DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 477).

157 HINESTROSA (2003, p. 69).

158 “¿Cuáles son hoy las normas que regulan las actividades económicas más importantes y cuantiosas? ¿El código civil, e incluso el código de comercio, para los asuntos pequeños de la actividad doméstica? (Rodotà), y las leyes especiales para los de trascendencia y cuantía mayores? Y en cuanto al significado constitucional del código: ¿derecho civil, el de los propietarios; derecho comercial el de los mercaderes, uno y otro colocando por encima los intereses de las clases poseedoras y enriquecidas?”. HINESTROSA (2003, pp. 70-71).

159 PERLINGIERI (1979, p. 32).

3.4. Es un modelo que desemboca en un proceso de recodificación

Los contextos donde la legislación está en un alto nivel de descodificación han promovido procesos de consolidación del derecho disperso. Para la época de Portalis, los albores del siglo XIX, la solución fue la codificación. En entornos como el nuestro, en que un código bicentenario se acompaña de una gran cantidad de leyes especiales, las necesidades de racionalización normativa han llevado a proponer nuevas consolidaciones, en un proceso que han denominado “recodificación”¹⁶⁰ o recurso a “códigos de segunda generación”¹⁶¹.

Experiencias cercanas y relativamente recientes, como el Código peruano de 1984 y el brasileño de 2002 han impulsado nuevamente en América Latina estos procesos de recodificación del derecho y han llevado a replantear en otros países, como Argentina¹⁶², la necesidad de una recodificación del derecho privado.

Sin perjuicio de lo anterior, la recodificación ni pone fin al proceso de descodificación ni cierra las puertas a una nueva recodificación en el futuro. Se trata solo de una curva más en un espiral que puede seguir girando *ad infinitum* entre la organicidad y la desarticulación del ordenamiento¹⁶³.

¹⁶⁰ HINESTRONA (2003, p. 72), DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 481), GUZMÁN BRITO (1993, p. 59 y ss.), IRTI (1992, p. 57), CUPIS (1979, p. 53), FIGUEROA YÁÑEZ (2005, p. 107).

¹⁶¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1992, p. 482).

¹⁶² ALTERINI (2011, p. 119 y ss.).

¹⁶³ IRTI (1992, p. 57), FIGUEROA YÁÑEZ (2005, p. 109).

3.5. Las leyes especiales no responden a un método uniforme y pueden llevar a equívocos

La coexistencia de distintas leyes sujetas a lógicas autónomas hace difícil su interpretación y la búsqueda de nexos que permitan articular, armonizar y llenar las lagunas del ordenamiento, al igual que la existencia de diferencias radicales en la estructura lógica y la numeración empleada para cada uno de los temas. Basta confrontar, para el efecto, las normas del contrato de fiducia del Código de Comercio y las de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Un modelo ideal de legislación debe partir de estándares que se mantengan en las leyes posteriores. Si se permite el símil, un ordenamiento debería funcionar de la misma manera en que lo hacen los bloques de “Lego”, que permiten que los recién salidos al mercado engranen con piezas fabricadas décadas atrás. La falta de estos elementos comunes entre las varias leyes es una circunstancia atribuible en algunos casos al mismo legislador, que ha carecido de una directriz legal o espontánea con pautas aplicables a su redacción.

C. La unificación por vía jurisprudencial

1. Explicación de la figura y ventajas de la unificación por vía jurisprudencial

El modelo de unificación por vía de jurisprudencia tiene la gran ventaja de basarse en los problemas de la realidad y en las soluciones que

estos demandan. Si el principio que debe regir la unificación del derecho privado está en la “atenta observación de la realidad”, esta ofrece el mejor escenario posible para ello, a través de los casos que se le plantean.

El rol de la jurisprudencia en Colombia no es muy alto dentro de las fuentes del derecho: nuestra Carta Política la relega a criterio auxiliar de la actividad judicial¹⁶⁴ y la Ley 153 de 1887 solo le da un mérito probabilístico¹⁶⁵. Con todo, las tesis de las altas Cortes han sido seguidas de cerca¹⁶⁶, incluso aquellas que inaplican normas legales (como las relativas a la posesión inscrita¹⁶⁷) o cuando de ellas se deducen instituciones que desbordan su literalidad, como las actividades peligrosas¹⁶⁸ o la naturaleza objetiva de la responsabilidad derivada de ellas¹⁶⁹.

En los últimos años la jurisprudencia ha ganado un mayor protagonismo en nuestro sistema, en parte debido a la postura de la Corte Constitucional sobre los precedentes judiciales¹⁷⁰,

así como a nuevas disposiciones legales que obligan a los demás jueces¹⁷¹ y a la Administración¹⁷² a tenerlos en cuenta. La misma ley le ha asignado un papel fundamental en la unificación del derecho en Colombia¹⁷³, que podría orientarse hacia la consolidación de los regímenes de derecho privado.

2. Desventajas del modelo jurisprudencial

2.1. Eficacia limitada de la cosa juzgada

Una de las desventajas más grandes de la unificación por vía jurisprudencial consiste en la eficacia limitada de la cosa juzgada. Las sentencias judiciales, por regla general, producen efectos *inter partes* y solo pueden obligar a quienes se vincularon al proceso. Excepcionalmente, algunos fallos producen efectos *erga omnes*, como los que versan sobre la constitucionalidad de las leyes o sobre la legalidad de actos administrativos de carácter general. Y a pesar de que en algunos fallos de la Corte Constitucional se ha sostenido que también los fallos de tutela de dicho tribunal tienen un cierto grado de fuerza vinculante frente a terceros, dicha sujeción es limitada y solo está sujeta a una carga extra de motivación.

164 Artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

165 Artículo 10 de la Ley 153 de 1887.

166 HINESTROSA (1987, p. 63).

167 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de abril de 1955. M. P. José J. Gómez, G. J., Tomo LXXX, p. 87 y ss.

168 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 14 de marzo de 1938 M. P. Ricardo Hinestrosa Daza, G. J. Tomo XLVI, p. 261 y ss. y de 31 de mayo de 1938, M. P. Liborio Escallón. G. J. XAVI, p. 561 y ss.

169 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de agosto de 2009, M. P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01.

170 Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1625 de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas otras.

171 Ver los artículos 7º y 42 numeral 6 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

172 Ver los artículos 10 y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

173 Ver artículo 16 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 7 de la Ley 1285 de 2009.

2.2. Debilidad del modelo y tensión con el principio de autonomía judicial

No obstante el renovado protagonismo de los precedentes jurisprudenciales, en Colombia estos siguen siendo criterios auxiliares dentro de un sistema legislado y nuestros jueces conservan autonomía para decidir en el marco del “imperio de la ley”¹⁷⁴. Por otro lado, en nuestro país no existe un verdadero sistema de precedentes verticales ni horizontales y es común encontrar decisiones discordantes, incluso al nivel de un mismo tribunal.

En todo caso, poco puede hacer la jurisprudencia frente a una pluralidad de fuentes de derecho contradictorias, cada una de ellas con una fuerza vinculante muy superior a la que *per se* contiene la decisión judicial.

2.3. Deber de congruencia y principio dispositivo

La jurisprudencia en materia de derecho privado está circunscrita al principio dispositivo y al deber de congruencia de la sentencia con las pretensiones y las excepciones que se ventilen en el proceso, situación que se refleja con particular fuerza en las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia y que impone un paralelismo estricto entre la decisión y lo solicitado.

Estos principios suponen garantías importantes para el debido proceso; sin embargo, en no pocos casos se convierten en una barrera para el avance de la jurisprudencia, que debe resignar-

se a denegar solicitudes por técnica procesal, a veces acompañadas de una que otra rectificación doctrinaria por *obiter dicta*.

2.4. Dificultad de acceso y consulta

La unificación por vía de jurisprudencia requiere que se puedan consultar fácilmente las decisiones judiciales. Sin embargo, en la actualidad ello se dificulta terriblemente, sea por la enorme producción de fallos, por la diversidad de su origen, por la irrazonable extensión de las providencias, por la ausencia de una sola herramienta oficial de consulta y por el precario diseño de sus portales de Internet. Así, esta vía de unificación sucumbe en un mar de decisiones desarticuladas, a menudo agitado por la movilidad de los jueces y las vacilaciones en las líneas jurisprudenciales.

D. La unificación por vía doctrinaria

1. Explicación de la figura y ventajas del modelo

La doctrina ha sido, de largo tiempo atrás, una herramienta fundamental en la enseñanza, sistematización y difusión del derecho. A través de las explicaciones de expertos en las materias jurídicas se han planteado interesantes debates académicos y tesis novedosas que han dado aportes de inmenso valor para el desarrollo del derecho. Ella ha sido, además, el escenario desde el cual más se ha insistido en la necesidad de unificar los regímenes civil y mercantil de las obligaciones y de los contratos.

¹⁷⁴ Artículo 230 de la Carta Política.

Los estudios doctrinarios son, por regla general, el producto reflexivo de expertos en la materia, usualmente vinculados con la academia, que han estudiado de manera concentrada y sistemática las problemáticas sobre las que luego se escribe. Es frecuente que las obras jurídicas sean producto de intensas investigaciones con un gran soporte bibliográfico, legislativo y jurisprudencial, que el autor ordena y pone a disposición del público para explicar de manera sencilla un tema complejo o para exponer una tesis novedosa.

Se trata de un criterio autorizado a la hora de aplicar la normatividad dispersa y un referente obligado para quien busca una visión panorámica del derecho, que sobrepase la literalidad de las normas¹⁷⁵. Como criterio de unificación podría servir, en la medida en que las soluciones propuestas sean convincentes, autorizadas y acogidas voluntariamente por quienes se enfrentan día tras día con el derecho. Así, Cubides y Prada sostienen la posibilidad de unificar el derecho privado a través de esfuerzos conjuntos en la ordenación de los contenidos¹⁷⁶.

2. Desventajas del modelo doctrinario

2.1. Debilidad de la doctrina como criterio auxiliar

Al igual que la jurisprudencia, la doctrina comparte la calidad de criterio auxiliar de la inter-

pretación jurídica y, aunque su difusión puede llegar a ser mejor y más adecuada que la de muchas decisiones judiciales, carece por completo de fuerza vinculante. Ni siquiera la doctrina expedida por las autoridades administrativas es obligatoria en la práctica ni vincula al funcionario o a la entidad que la profirió¹⁷⁷.

Más allá de la autoridad del autor y de la fuerza persuasiva de sus argumentos, no puede imponerse “una forma obligada de pensar”¹⁷⁸; la doctrina es más bien un criterio débil, que ordinariamente debe estar acompañada de reformas legislativas o de precedentes jurisprudenciales para tener una incidencia mayor en la práctica.

2.2. Falta de institucionalidad de la doctrina e indisociabilidad con el criterio del autor

La doctrina está compuesta por las opiniones libres de sus autores que, al menos en principio, no siempre pueden ser encauzadas hacia un norte común. Por otro lado, y a pesar de que su origen académico garantiza un cierto grado de imparcialidad y objetividad, a veces la doctrina mantiene el sesgo de la entidad de donde proviene o de su filosofía, o se limita a formular hipótesis críticas sin compromiso con políticas públicas o con reformas legislativas¹⁷⁹. En fin, existen casos en que las investigaciones son financiadas por grupos económicos con intere-

¹⁷⁵ “El sistema no es obsequio del legislador, sino que siempre es el resultado de la interpretación por parte de los juristas”. PERLINGIERI (1987, p. 181).

¹⁷⁶ CUBIDES y PRADA (2011, p. 5).

¹⁷⁷ Artículo 24 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984) y artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

¹⁷⁸ PERLINGIERI (1979, p. 34), HINESTROSA (1987, p. 67).

¹⁷⁹ PERLINGIERI (1979, pp. 27-28).

ses concretos, que comprometen la imparcialidad de las conclusiones a las que ellas lleguen.

2.3. Ausencia de calidad en la doctrina

Al igual que ocurre con las leyes especiales, existe una proliferación de doctrina en nuestro país. La gran actividad de nuestro Congreso genera, en parte, una demanda constante en el mercado editorial. En otros casos, se trata de la consecuencia de incentivos económicos perversos, como el otorgamiento de puntajes adicionales en concursos de méritos o en las calificaciones de ciertos cargos. La industria editorial se ha convertido en una gran empresa, no siempre vinculada con la academia, y en no pocos casos alejada de estándares mínimos de control o de calidad, que el mercado no siempre está en capacidad de llenar¹⁸⁰.

E. Compilaciones de derecho constante

1. Explicación de la figura y funciones de la codificación

Desde hace varias décadas algunos sistemas jurídicos han creado mecanismos de codificación en sentido formal (decretos u otras figuras similares), que recogen normas dispersas en un único cuerpo de consulta. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, el *U.S. Code -USC-*, el *Code of Federal Regulations -CFR-* de los Es-

tados Unidos de América, los *textos únicos* del derecho italiano y las *compilaciones de derecho constante* del derecho francés¹⁸¹. En Colombia, aunque de manera más tímida, tenemos la experiencia de algunos decretos compiladores, como el 1818 de 1998¹⁸² y el 2555 de 2011¹⁸³.

Una técnica legislativa de creación relativamente reciente está representada por las denominadas “compilaciones de derecho constante”, o por la de “codificación sin cambios”¹⁸⁴, por la que ha apostado el derecho francés desde hace algún tiempo y que recientemente ha empezado a dar resultados interesantes a nivel práctico.

En 1989 el gobierno francés retomó¹⁸⁵ una iniciativa para racionalizar el volumen del ordenamiento jurídico y simplificar su sistema de fuentes y consulta a través de recopilaciones de derecho vigente (*à droit constant*) y realizar con ello el derecho de todo ciudadano a conocer y entender las normas que lo rigen¹⁸⁶.

181 GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, pp. 61 a 63), IRTI (1992, p. 58), BUSNELLI (2004, p. 272).

182 El Decreto 1818 de 1998 “Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, se trató en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 166 de la Ley 446 de 1998, y compiló las normas aplicables en materia de conciliación, arbitraje, amigable composición y conciliación en equidad vigentes a la fecha de su expedición.

183 El Decreto 2555 de 2011, “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”, recogió en un único cuerpo las disposiciones en dichas materias que se encontraban dispersas en un gran número de decretos, enlistados en su artículo 12.2.1.1.4.

184 BRAIBANT (2004, p. 278).

185 Esta prerrogativa es el producto de la interpretación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA (2005, p. 6).

186 TAPIA (2005, p. 181).

En su momento, las codificaciones del siglo XIX sirvieron como un vehículo exitoso para garantizar la accesibilidad y la correcta aplicación del derecho¹⁸⁷. Una reinterpretación de dicha metodología podía ayudar a superar las desventajas de la inflación normativa, sin caer en los problemas que supondría la expedición de un nuevo código.

Para ello, se inició un proceso de recopilación del derecho vigente, es decir, una codificación que compile las normas existentes sin introducirles modificaciones, y ordenarlas sistemáticamente y por ejes temáticos¹⁸⁸. La finalidad de dicho trabajo es estrictamente formal (de derecho vigente, à *droit constant*), y se distingue de una codificación material por cuanto no busca cambiar los contenidos ni revisar o reformar el sentido de las normas¹⁸⁹.

Las normas objeto de ordenación fueron ya objeto de decisión en algún momento por parte del Legislativo y no tiene sentido que vuelva a activarse el Congreso para que se adopte la simple decisión de recopilarlas. Por ello se optó porque este tipo de trabajo tenga naturaleza administrativa, y que la legalidad de sus resultados sean controlables judicialmente por el Consejo de Estado¹⁹⁰. Este esquema resulta mucho más

eficiente y expedito con respecto al desgaste que supone acudir al aparato legislativo¹⁹¹.

En Francia dichas recopilaciones son elaboradas por un cuerpo técnico, la Comisión Superior de Codificación, integrada por delegados de las ramas del poder público, de la academia y de la sociedad civil¹⁹². Dicha Comisión tiene la nada fácil tarea de agrupar la legislación vigente y sistematizarla en códigos temáticos¹⁹³. Sus facultades se extienden incluso a hacer ajustes menores de las leyes y reglamentos compilados para corregir las citas y referencias, corregir la denominación de las instituciones que han cambiado a lo largo del tiempo, hacer expresas las derogatorias tácitas y ajustar el contenido de los reglamentos contrarios a las normas de jerarquía superior¹⁹⁴.

¹⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, p. 64).

¹⁸⁸ BARROS BOURIE (2005, p. 151), TAPIA (2005, p. 182).

¹⁸⁹ El control de estos códigos de derecho constante se realiza en dos escenarios: ante el Consejo Constitucional (en lo relativo a la constitucionalidad de las normas incorporadas) y el Consejo de Estado (en lo relativo a la fidelidad y pertinencia de la recopilación). TAPIA (2005, p. 185).

¹⁹⁰ TAPIA (2005, p. 183).

¹⁹¹ Decreto N° 89-647 de 12 de septiembre de 1989, artículo 2, modificado por el Decreto N° 2010-31 de 11 de enero de 2010, artículo 3. En dichas normas se dispone que la Comisión Superior de la Codificación estará presidida por el Primer Ministro y un vicepresidente, que corresponderá al presidente de una de las secciones del Consejo de Estado, y tendrá los siguientes miembros permanentes: un representante del Consejo de Estado, uno de la Corte de Casación y uno de la Corte de Cuentas, un miembro de las comisiones legislativas de cada una de las cámaras del parlamento, dos profesores de las facultades de derecho, dos jefes de dirección del Ministerio de Justicia, el director general de la Función Pública, el director de la Secretaría General del Gobierno, el director de Información Legal y Administrativa, el delegado general de ultramar. Asimismo, dependiendo del trabajo de codificación del que trate, estará integrada por un miembro por cada una de las secciones competentes del Consejo de Estado, un miembro por cada una de las comisiones permanentes de las cámaras legislativas de Senado y Asamblea Nacional, los directores de la administración central relacionados con el código examinado, un secretario general y dos secretarios adjuntos.

¹⁹² Artículo 1º del Decreto N° 89-647 de 12 de septiembre de 1989, modificado por el Decreto N° 2008-188 de 27 de febrero de 2008.

¹⁹³ Artículo 3º de la Ley N° 2000-321 de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones.

¹⁹⁴ Consejo Constitucional Francés, Decisión 99-421 de 16 de diciembre de 1999.

Resaltamos que el Consejo Constitucional francés se ha pronunciado en reiteradas oportunidades a favor de este modelo, que encontró ajustado a la Carta con fundamento en el valor constitucional, la accesibilidad y la inteligibilidad de las leyes¹⁹⁵.

2. Ventajas de las compilaciones de derecho constante

Al igual que los códigos tradicionales, las compilaciones de derecho constante constituyen un referente único, tanto para la consulta y aplicación del derecho como para la correcta difusión y el acceso del ciudadano a los textos legales.

GUY BRAIBANT, uno de los principales gestores del proyecto, lo explica en estos términos: “La codificación es un instrumento de seguridad, pues gracias a ella no tendremos ya la inquietud de haber olvidado alguna disposición que no ha sido derogada y permanece en vigor. En principio el derecho aplicable será el constituido por las disposiciones codificadas”¹⁹⁶.

GARCÍA DE ENTERRÍA rescata también la utilidad de este tipo de compilaciones en la construcción de la seguridad jurídica:

Esta fórmula asegura, pues, una situación de certidumbre de las normas escritas realmente notable. De hecho estos llamados Códigos, aunque no lo sean en el sentido continental europeo, no sustituyen formalmente a las normas integradas, ni pretenden tampoco suspender su cambio constante, pero al situarlas de

manera permanente en un lugar objetivable y estable, hace posible, primero la racionalidad de ese cambio, valorable siempre desde la unidad del sistema y, en segundo término, su conocimiento y utilización, resolviendo además normalmente los graves problemas, tan habituales entre nosotros, de intersección de textos y de vigencias¹⁹⁷.

Asimismo, la codificación por ejes temáticos permite que todos los asuntos relativos a un área específica del derecho se encuentren ordenados y compilados de acuerdo con una estructura que facilita el conocimiento y la consulta por parte de los ciudadanos, destinatarios últimos de los trabajos de codificación.

En fin, la compilación por vía administrativa evita el desgaste que supondría la realización de un trámite legislativo ante el Congreso de la República y permite la consolidación de los textos en tiempo real. La compilación de derecho constante, en esta medida, es una metodología eficiente que sustrae del conocimiento del Parlamento el conocimiento de asuntos eminentemente técnicos, a la vez que lo concentra en su labor principal, que es la de realizar las decisiones de trascendencia política.

3. Desventajas de las compilaciones de derecho constante

La mayor parte de las críticas que se han dirigido contra el sistema de codificación à droit constant se basa en las suspicacias que ha generado la posibilidad de que la codificación, en últimas, provenga de la Administración y no del

¹⁹⁵ BRAIBANT, citado por ACCATINO (2005, p. 197).

¹⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, p. 63).

¹⁹⁷ TAPIA (2010, p. 40).

órgano verdaderamente democrático. Dichas críticas, en parte, también se encuentran motivadas por la gran concentración de poder que en la actualidad la legislación francesa le asigna a la *Commission Supérieure de Codification*, a la que una ley del año 2004 le atribuyó, además de las competencias descritas arriba, la posibilidad de simplificar, por su propia iniciativa, una pluralidad de regímenes concurrentes sobre materias afines.

Sin embargo, las críticas mencionadas no se dirigen contra el modelo como tal, sino contra la implementación de dicho modelo en Francia, pues se trata de un tema de diseño legislativo. Por otro lado, los excesos en las facultades de la Comisión son controlables a través del recurso al Consejo de Estado.

III. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN COLOMBIA

A. Los valores en juego: seguridad jurídica y adaptabilidad del derecho

Cualquier propuesta metodológica para unificar en un solo régimen la reglamentación civil y comercial de las obligaciones y de los contratos debe ponderar dos valores en juego: la necesidad de seguridad jurídica por parte de los ciudadanos y administrados versus la constante mutabilidad de la realidad, que exige del derecho un alto grado de adaptabilidad. La solución que se plantee debe satisfacer, de la manera más equilibrada posible, ambos valores.

En el capítulo anterior se presentaron de manera general algunos de los posibles métodos de unificación de ambos regímenes. Podríamos visualizarlos de manera gráfica en una línea, cuyos extremos correspondan a los dos valores mencionados. Entre ambos se ubicarán las varias metodologías planteadas, según tiendan a un lado o al otro:

Mayor adaptabilidad del derecho	Mayor seguridad jurídica
Doctrina	
Descodificación	Recopilaciones de derecho vigente
Jurisprudencia	Codificación vigente

A la seguridad jurídica tenderán los modelos que reúnen y sistematizan el derecho en códigos; a la mayor adaptabilidad del derecho tenderán los sistemas descodificados, así como los modelos basados en la jurisprudencia y en la doctrina; un buen término medio, en fin, lo ofrecen las recopilaciones de derecho vigente. Este último modelo representa una buena base para la construcción, en las páginas que siguen, de una propuesta metodológica que lleve a la unificación de nuestro régimen de obligaciones y contratos.

B. Premisas para la implementación de un modelo unificado

1. Tomar las ventajas y evitar las desventajas de las otras metodologías

Cualquier propuesta que se llegue a hacer para realizar una unificación del derecho privado de

las obligaciones y de los contratos en Colombia debe procurar reunir la mayor parte de las ventajas de las metodologías que se expusieron en el capítulo anterior. De modo paralelo, el modelo propuesto debe evitar en el mayor grado posible las desventajas que representan dichas metodologías de unificación, como la excesiva rigidez, la hiperinflación normativa, la falta de imparcialidad o las dificultades para la consulta y acceso a las fuentes. Para ello, y en aras de la brevedad, se recomienda tener presente las críticas mencionadas en el capítulo anterior.

2. Órganos involucrados en el proceso

Para evitar algunas de las desventajas de los modelos expuestos arriba, consideramos que una metodología de unificación del derecho privado de las obligaciones y de los contratos no puede articularse alrededor de un único sector de la sociedad o de una sola rama del poder público, sino que debe comprender varios órganos (de decisión, de reglamentación, de consolidación y de control), con roles y funciones complementarios, tal como presentamos a continuación.

2.1. Órgano de decisión

El Congreso de la República es el órgano democrático por excelencia. Constitucionalmente¹⁹⁸, es el encargado de “[i]nterpretar, reformar y derogar las leyes” y “[e]xpedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”, competencias dentro de las que tradicionalmente se ha encuadrado la fijación de las

reglas generales de las obligaciones, la determinación de buena parte de la función, los límites y las cargas de la autonomía privada, así como la fijación del régimen de los contratos típicos y de otros pactos y figuras adicionales a las que pueden recurrir los particulares en el tratamiento de sus relaciones patrimoniales.

La intervención del Congreso de la República en el marco de un proceso de unificación es fundamental, pues se trata del órgano por excelencia en el que, con representación de los distintos sectores de la sociedad, se deben tomar las decisiones de carácter político respecto de las reglas a las que se ceñirá la intervención de los particulares en Colombia. De dicho órgano depende la decisión acerca de si se debe unificar o no el régimen de las obligaciones y de los contratos en nuestro derecho privado, cuál es la forma en que ello debe hacerse, quiénes son las autoridades involucradas en dicho proceso y cuáles son sus competencias. Ante él también deben ventilarse los debates y propuestas para modernizar y armonizar las reglas existentes y adaptarlas a los nuevos tiempos. Del Congreso, asimismo, depende la continuidad y el mantenimiento a lo largo del tiempo del modelo de unificación por el que se opte, su legitimidad y su articulación con las leyes especiales que se profieran con posterioridad para reformarlo.

2.2. Órgano de reglamentación

El Gobierno Nacional es el órgano encargado del ejercicio de la potestad reglamentaria “mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución

198 Constitución Política de Colombia, artículo 150, numerales 1 y 2.

de las leyes”¹⁹⁹. A través de dicho ejercicio se busca “ajustar a las circunstancia reales de la Nación, las disposiciones generales impuestas por el legislador”, por medio de actos administrativos que hagan concretos los enunciados abstractos de la ley con el fin “de encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”²⁰⁰. Un proceso de unificación del régimen de obligaciones y contratos podría hacer necesaria la revisión de los decretos reglamentarios existentes y la expedición de otros nuevos, en virtud del decaimiento de los que actualmente están vigentes o del surgimiento de nuevas realidades a nivel normativo que ameritan concreción por parte del Ejecutivo.

2.3. Órgano de consolidación y consulta

La consolidación de las distintas normas que compondrían un régimen unificado de las obligaciones y de los contratos privados es una instancia necesaria para lograr algunos de los objetivos principales de la unificación, de acuerdo con las premisas que nos hemos puesto para el desarrollo de la propuesta, y que tienden hacia la agrupación y mantenimiento de las normas de derecho de obligaciones y contratos en un único cuerpo normativo. En esta sede se lograrán las finalidades de unidad, centralización y racionalización normativa, seguridad jurídica, coherencia, sistematicidad, así como el acercamiento de la normatividad al ciudadano a través de la existencia de un cuerpo único que las recoja.

Tomando como modelo el trabajo hecho en Francia para la codificación en tiempo real²⁰¹, consideramos adecuado que dicha función sea atribuida a una comisión interinstitucional, de creación legislativa, en la que se encuentren representadas las diferentes ramas del poder público, la academia y la sociedad civil. La creación de una comisión de dicha naturaleza garantiza, en aplicación del principio de colaboración armónica de las distintas ramas del poder público²⁰², la representación de los distintos actores encargados de la elaboración, ejecución, aplicación y estudio de las leyes, y un trabajo de calidad en beneficio del ciudadano y de la seguridad jurídica.

2.4. Órganos de control

Finalmente, teniendo en cuenta la unificación, como todas las leyes y los demás actos de naturaleza ordenadora y legislativa no son solo actos ordenadores sino también actos ordenados²⁰³, un proceso de unificación debe tener claridad acerca de a quién pertenece la competencia para verificar que los resultados de la consolidación se adecuen a las normas superiores, así como a las reglas, principios y valores constitucionales.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que se trabajaría sobre dos planos distintos: una cosa son las leyes y los decretos compilados; otra cosa es la compilación que de ellos se haga. En el pri-

199 Constitución Política de Colombia, artículo 189 numeral 11.

200 Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

201 *Vide supra*, nota 181.

202 Artículo 113 de la Constitución Política de Colombia.

203 GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, pp. 42-43).

mer grupo se ubican los contenidos que fueron objeto de decisión por parte del Congreso de la República (en el caso de las leyes) o por el Gobierno Nacional (en el caso de los decretos) en uso de sus potestades regulatorias. En el segundo se ubican los trabajos del órgano de consolidación del que hablamos en el aparte anterior. Hecha esta distinción previa puede determinarse el órgano de control, dependiendo del objeto al que se refiere.

Así, en el examen del contenido de las normas compiladas deben seguirse las reglas generales, según las cuales las leyes son actos controlables jurisdiccionalmente por la Corte Constitucional²⁰⁴ y los decretos, en principio, lo son por el Consejo de Estado²⁰⁵.

Por su parte, consideramos que el juez competente para controlar los actos de compilación debe corresponder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo ha sostenido en términos generales la Corte Constitucional respecto de los decretos que expide el Presidente para corregir los yerros en la edición de las leyes, previstos en el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal²⁰⁶. Al respecto,

²⁰⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 241, Ley 270 de 1996, artículo 43.

²⁰⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 237 numerales 1 y 2; Ley 270 de 1996, artículo 34 y ss.; Ley 1437 de 2011, artículo 11 numerales 5 y 8.

²⁰⁶ Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha tenido una postura vacilante respecto del control de constitucionalidad de los decretos de corrección de yerros proferidos con fundamento en la atribución contenida en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal).

La sentencia C-500 de 2001 se pronunció sobre el tema con ocasión del Decreto 131 de 2001, que corrigió algunas erratas contenidas en la Ley 640 de 2001. En dicha oportunidad, expresó la Corte: "Finalmente,

y para dar mayor seguridad sobre el punto, estimamos conveniente que una ley de unificación disponga de manera expresa que dicha competencia corresponde al Consejo de Estado.

C. Estructura de la propuesta

El proceso de unificación del derecho de obligaciones y contratos se debe estructurar en un *continuum* compuesto de distintas etapas, es decir, que no se restrinja a un único acto del Legislativo y así escape a la temporalidad del Código, a la vez que permita mantener un sistema que subsista a la hiperinflación normativa. En una primera etapa, de unificación, modernización y armonización, se tomarán decisiones políticas sobre los casos de doble regulación y

si bien es cierto que por resultas de la decisión de inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas el decreto puede llegar a carecer de objeto, es también cierto que la ley para tales eventos ofrece soluciones específicas como la contenida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), por lo cual no es necesario asumir el control del decreto, aspecto éste susceptible de fundadas dudas habida cuenta que las competencias de la Corte en materia de control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno solo pueden ejercitarse en los precisos y restrictivos términos del Artículo 241 de la Constitución que en todo caso han de interpretarse en armonía con lo dispuesto en los artículos 237 y 238 de la misma, que regulan las competencias propias del Consejo de Estado como Tribunal Supremo en lo contencioso administrativo".

Dicha postura se mantuvo, entre otras, en la sentencia C-232 de 2002, en la que la Corte se declaró inhibida de fallar respecto del Decreto 2667 de 2001, cuyo artículo 1º se acusaba de haber excedido las facultades del Presidente de la República para corregir los errores contenidos en el artículo 180 de la Ley 599 de 2000 y había alterado la voluntad del Legislador por considerar que el juez competente para analizar la legalidad de dicho decreto era el Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en fallos más recientes, el Tribunal Constitucional ha cambiado dicha posición y ha entrado a revisar la conformidad de los decretos de yerros en el marco de los juicios de constitucionalidad. Así, las sentencias C-334 y C-672 de 2005, que se referían al Decreto 2697 de 2004, de corrección de yerros del Decreto 2637 de 2004, de desarrollo del Acto Legislativo No. 03 de 2002. En ellos, la Corte consideró que "no se orienta a desarrollar las normas legales requeridas para la puesta en funcionamiento de la nueva estructura básica de acusación y juzgamiento, sino que, lejos de ello, modifica múltiples disposiciones de la ley estatutaria de la administración de justicia que nada tienen que ver con ese nuevo modelo de justicia penal", posición reiterada luego en la sentencia C-925 de 2005.

la estructuración de las dos etapas siguientes. Una segunda etapa, de consolidación, partirá de la compilación de las normas vigentes que subsistan a la primera fase, de acuerdo con la estructura y según los criterios dispuestos previamente por el Congreso de la República. La etapa final se refiere al mantenimiento futuro del trabajo obtenido en las dos primeras fases, teniendo en cuenta que la consolidación es un proceso que no se extingue en la meta inmóvil de la promulgación de una norma²⁰⁷.

D. Contenido de una ley de unificación

La unificación supone una decisión política que se expresa en si se deben sujetar a unas mismas reglas las obligaciones y los contratos civiles y mercantiles, alrededor de qué estructura, los órganos involucrados en dicho proceso y la forma en que ellos operarán. En virtud de dicho carácter, tal decisión debe provenir del Congreso, como órgano de decisión, a través de una ley de la República que establezca las pautas en que deben consolidarse los dos regímenes, así como el sentido en que deben modernizarse sus normas para contemporizarlas con los tiempos modernos.

A continuación se exponen los contenidos mínimos que debe tener una ley de unificación. Una única advertencia: los temas se presentan en un orden que facilita la exposición y no en la secuencia en que debería estar organizado el articulado de una posible ley.

1. Eliminación de la duplicidad de regímenes, adaptación, modernización y armonización de disposiciones

Tal como se presentó más arriba, en nuestro derecho privado existen materias que tradicionalmente han estado en el Código civil, otras que tradicionalmente han estado en el Código de Comercio y otras que corresponden a casos de doble regulación.

Las primeras, decíamos, son aplicables a los negocios mercantiles, en aplicación de las reglas de los artículos 2º y 822 del Código de Comercio, y su presencia es básica en un estatuto que unifique ambos regímenes. Las segundas, afirmábamos, no ameritan estar en un régimen separado, bien en virtud de los fenómenos de comercialización del derecho privado que pone a tales figuras a disposición de cualquier ciudadano, o por tratarse de asuntos en los que, más que el carácter civil o comercial del sujeto o del acto, pesa el cumplimiento de ciertos requisitos para la realización de la actividad, como ocurre con algunos tipos contractuales, como los contratos bancarios, la fiducia o el transporte aéreo o marítimo.

La parte realmente problemática se refiere a aquellos casos en los que existen normas concurrentes y antagónicas en el derecho civil y mercantil. A pesar de que en la mayor parte de los casos puede encontrarse una explicación histórica a un tratamiento diferente, difícilmente se puede hallar una justificación para mantener dicha diferencia en la actualidad²⁰⁸. La decisión

207 CASTÁN VÁSQUEZ (1988, p. 53).

208 *Vide supra*, p. 6 y ss.

frente a estos casos debe consistir en la derogatoria de una de las normas concurrentes, a veces acompañada de la adaptación de la norma subsistente, para eliminar con ello la doble regulación y sus inconvenientes. Este aspecto, en una ley de unificación, estaría comprendido, en su mayor parte, entre sus disposiciones finales, en normas de incorporación de las normas subsistentes al código de base y de derogatoria de las demás reglas.

Finalmente, mas no por ello menos importante, en este punto también cabe la realización de las modificaciones, adecuaciones e introducción de nuevas reglas que sean necesarias para la modernización del derecho de las obligaciones y contratos. Este punto supone un juicioso trabajo previo de la academia y las Cortes, para identificar los asuntos en los que vale la pena realizar enmiendas a nuestro actual derecho, y sobre el cual se estructure una ley de unificación del derecho privado.

Un modelo a seguir en el evento de una posible ley de unificación, se encuentra en los Títulos I y III de la Ley 222 de 1995, en los que, ante la doble regulación en materia de sociedades, el Congreso escogió seguir las reglas del Código de Comercio, con la consecuente derogatoria del Título XXVII del Libro Cuarto del Código civil²⁰⁹ y la modernización y adaptación de las reglas subsistentes sobre la materia²¹⁰.

2. Creación y competencias del órgano de consolidación

Un segundo punto que debe tratar una ley de unificación es el relativo a la creación del órgano de consolidación y sus competencias. La correcta formulación de las reglas sobre los miembros de dicha comisión garantizará la calidad y la oportunidad del resultado final.

Tomando ejemplo la experiencia de la *Commission supérieure de codification* francesa, la integración del órgano de consolidación debe comprender representantes de las distintas ramas del poder público, de la academia y de la sociedad civil. Es importante, para el buen suceso de la comisión, que sus integrantes cuenten con disponibilidad de tiempo para desarrollar las labores que se les encomienda y, ojalá, dedicación exclusiva. Así, no se recomienda la designación de ministros, viceministros, directores, congresistas, presidentes, magistrados o profesores de tiempo completo que se encuentren en ejercicio del cargo, para evitar que las cargas laborales interfieran con el cumplimiento de sus funciones. En el mismo capítulo de la ley de unificación deben fijarse también las reglas para la designación, sustitución y retiro de los miembros de la comisión, su ubicación en la rama Ejecutiva del poder público, la naturaleza administrativa de sus decisiones, así como algunas pautas para su funcionamiento y toma de decisiones.

En cuanto a las competencias de dicha comisión, a continuación presentaremos algunas de las que, a nuestro juicio, deberían confíársele para el cabal cumplimiento de los fines de la unificación:

209 Artículo 242 de la Ley 222 de 1995.

210 Artículos 1 a 88 de la Ley 222 de 1995.

2.1. Competencia para consolidar normas en un único cuerpo

La facultad más importante que debe asignarse a dicha comisión corresponde, precisamente, a la consolidación de las normas dispersas de los códigos civil y de comercio y de las demás leyes especiales que subsistan tras las derogaciones y modificaciones que haga la misma ley de unificación. Así, la comisión deberá recoger dentro de una estructura ordenada los textos de las normas relativas a las materias tradicionalmente tratadas en el Código civil, las pertenecientes a las áreas tradicionales del Código de Comercio, así como las que subsistan después de la depuración de los supuestos de doble regulación.

2.2. Competencias sobre la numeración de las normas

Dado su origen variado, las normas recogidas tendrán una secuencia de numeración no consecutiva. La comisión debe poder renombrar los textos para darles un orden en la nueva compilación normativa.

Al respecto, se sugiere abandonar el esquema de numeración continua de los artículos a lo largo de la totalidad de la compilación, pues ello dificulta la incorporación de nuevas normas y capítulos en los que se regulen, por ejemplo, nuevos tipos o nuevas modalidades de contratación. En su lugar, se propone que al interior de cada capítulo, los artículos se numeren de manera independiente iniciando con el número 1. Ello permitirá manejar la compilación con una lógica de referencias similar a la de las leyes, con la ventaja de la organización sistemática y

la unidad de referencia y consulta que proveería un código.

2.3. Competencia para hacer expresas las derogatorias tácitas

No es conveniente que en la compilación se mantengan normas que fueron objeto de derogatoria tácita por la expedición de otras disposiciones posteriores²¹¹. Aun cuando los criterios de solución de antinomias previstos en nuestro actual Código civil, así como en las leyes 57 y 153 de 1887, ofrecen pautas para resolver cada caso²¹², no debe trasladarse dicha carga al ciudadano, destinatario del trabajo de compilación. Por tanto, estimamos adecuado que sea la comisión quien haga expresas las derogatorias tácitas, para lo cual la ley de unificación debe incluir la facultad correspondiente.

2.4. Competencia para ajustar las referencias, remisiones y reenvíos de las normas y armonizar el estado del derecho

Nuestras leyes y códigos realizan numerosas referencias, remisiones y reenvíos a otras disposiciones o instituciones contenidas por fuera de la respectiva ley, en otros códigos, leyes y decretos. Los cambios en la legislación y en las instituciones han llevado a que, con el tiempo, tales citas y remisiones hayan quedado desactualizadas, o, si se nos permite la expresión, hayan pasado a ser “enlaces rotos” o “vínculos muertos”²¹³.

²¹¹ TAPIA (2010, p. 31 y ss.).

²¹² Artículos 71 y 72 del Código civil, 5º de la Ley 57 de 1887, 1º a 3º de la Ley 153 de 1887.

²¹³ Un clásico ejemplo de este tipo de errores se encuentra en el numeral 2º del artículo 1611 del Código civil, modificado por el artículo 89 de la

Hoy en día el Gobierno Nacional puede corregir algunas de tales fallas al hacer las ediciones oficiales de los textos legales²¹⁴; sin embargo, dicha facultad se restringe a las erratas, y la expedición de decretos de yerros es sumamente excepcional.

Consideramos que la comisión debe tener la facultad para actualizar las referencias de unas leyes a otras de acuerdo con los cambios de legislación, para dar mayor claridad y evitar equívocos. Así, por ejemplo, a la comisión debería dársele la facultad de sustituir en los textos legales toda referencia al “demente”²¹⁵ por “persona con discapacidad mental”²¹⁶, de corregir las referencias a las prescripciones veintenarias²¹⁷ para ajustarlas a la Ley 791 de 2002²¹⁸, o actualizar denominaciones que han cambiado a lo largo de la historia como “Unión”²¹⁹, o “Código Judicial”²²⁰.

Ley 153 de 1887, en el que se hace referencia al artículo 1511 de dicho estatuto, en lugar del 1502, al que en realidad se refería.

214 El artículo 45 de la Ley 4^a de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) dispone que “Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”. Sobre el control sobre dicha facultad, ver supra, nota 206.

215 Por ejemplo, en los artículos 62, 118, 784, 1027, 1504, 1822 y 2346 del Código civil y 1005 del Código de Comercio.

216 “Artículo 2. (...) Parágrafo. El término “demente” que aparece actualmente en las demás leyes, se entenderá sustituido por “persona con discapacidad mental” y en la valoración de sus actos se aplicará lo dispuesto por la presente ley en lo pertinente.

217 Por ejemplo, en los artículos 815, 942 y 944 del Código civil.

218 “Artículo 1. Redúzcase a diez (10) años el término de todos (sic) las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas”.

219 Artículos 2, 7, 12, 19, 20, 21, 22, 24, 67, 69, 77, 643, 647, 649, 650, 674, 675, 676, 678, 682, 684, 708, 712, 720, 726, 1981, 2376, 2542, 2546 y 2683 del Código civil.

220 Artículos 21, 24, 712, 2362, 2468, 2542 y 2684 del Código civil.

También debería asignársele la facultad de excluir normas que hayan decaído en virtud de reformas posteriores o de sentencias de constitucionalidad sobre disposiciones relacionadas, como ocurre con las que aún hoy prevén una capacidad disminuida para la mujer casada²²¹, o las referencias al parentesco legítimo²²².

2.5. Competencias para corregir los errores de ortografía, redacción y puntuación de las normas

A lo largo de nuestra legislación civil y comercial existen numerosos errores de ortografía, redacción y puntuación de las normas, que a pesar de ser evidentes y de estar clara la voluntad del legislador acerca del sentido de la norma, en la actualidad son incorporados en todas las ediciones legales, en algunos casos con una resignada anotación del editor: “sic”. La comisión técnica que compile e integre los textos debe tener la facultad de corregir dichas disposiciones y suprimir de ellas los errores idiomáticos que no vale la pena mantener en el ordenamiento jurídico, sin que sean necesarias demasiadas explicaciones al respecto.

221 Artículos 1282 inciso 4, 1383 inciso 2, 1527 numeral 1, 1743 inciso 2 y 2154 del Código civil.

222 Artículos 36, 38, 40, 47, 49, 51, 52, 55, 56, 57, 61, 100, 108, 117, 149, 156, 233, 236, 244, 245, 246, 250, 252, 253, 254, 257, 260, 266, 273, 288, 335, 397, 402, 404, 411, 648, 820, 1016, 1025, 1045, 1050, 1165, 1221, 1226, 1236, 1240, 1242, 1253, 1258, 1259, 1261, 1262, 1266, 1277, 1468, 1481 y 1488 del Código civil. Algunos de los artículos citados fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 1994 (M. P. Jorge Arango Mejía).

2.6. Competencias para renumerar las normas compiladas

Según se expresó más arriba, el trabajo de unificación de los regímenes civil y mercantil debe incluir un nuevo esquema de numeración de los artículos, que facilite su consulta y reforma²²³.

Ahora bien, una de las principales objeciones a esta propuesta se encuentra en una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que ha concebido la numeración como una parte estructural de los códigos y, como tal, materia de reserva legal²²⁴.

Para enervar este riesgo de inconstitucionalidad se proponen varias estrategias. En primer lugar, la estructura general de la compilación debe tener origen legislativo, en la ley de unificación. Además, puede establecerse un sistema interno de referencias que remita en primera instancia a la numeración inicial de la norma compilada²²⁵, de modo que facilite la consulta y el control de los antecedentes por parte del intérprete²²⁶.

Estas estrategias deben estar acompañadas, además, de una política pública que permita el fácil acceso a las compilaciones, a las leyes y decretos que le sirvieron de origen y al estado de la legislación vigente a una fecha determinada²²⁷, tal como ocurre en Francia en la actualidad con el portal www.legifrance.gouv.fr²²⁸.

2.7. Funciones de consulta previa

Para efectos de garantizar la continuidad del trabajo de unificación y evitar una nueva dispersión normativa, puede pensarse en asignar a la comisión las funciones de ente consultor, a quien deba pedirse concepto previo, en aquellos casos en los que una reforma legislativa implique una modificación o adición de las reglas compiladas. En Colombia existen mecanismos de este tipo, por ejemplo, cuando están en juego los derechos de los pueblos indígenas²²⁹; nada obsta para que se adopte un procedimiento similar en la reforma de los cuerpos de leyes compilados y en procura de la accesibilidad e inteligibilidad de la ley²³⁰

223 *Vide supra*, p. 37 y ss.

224 *Vide supra*, nota 125.

225 En el sistema francés existe un estándar de notación de los textos codificados, de acuerdo con su naturaleza ("L" para los textos de origen legal y "R" para los que tienen origen reglamentario) y con su origen (es decir, el número y el año de la ley o el decreto de donde se extraen). Dicho sistema de referencia puede servir de modelo para determinar estándares, preservar la referencia a la fuente original y la numeración que tenía en ella, y salvaguardar con ello la constitucionalidad de la medida de compilación.

226 Sobre el punto, puede tomarse como modelo el régimen de referencias que tuvo la compilación justiniana, en la que, concurrentemente con la numeración interna de las fuentes allí recogidas, se incluía una referencia con el origen de la cita.

227 TAPIA (2010, p. 32).

228 El portal Légifrance, creado bajo el N° 2002-1064 de 7 agosto de 2002, para el servicio público de difusión del derecho en Internet, centraliza el acceso al derecho vigente en Francia, contenido en normas de carácter nacional, internacional, jurisprudencia y a los contenidos de las publicaciones oficiales. El portal permite el acceso a las versiones consolidadas de las normas jurídicas en una fecha concreta, desde el origen de cada norma hasta el día de la consulta. Fuente: www.legifrance.gouv.fr [consultado el 28 de octubre de 2012 a las 9:30 am].

229 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989, promulgado en Colombia a través de la Ley 21 de 1991.

230 Consejo Constitucional francés, Decisión No. 99-421 DC de 16 de diciembre de 1999.

Ahora bien, esta competencia, sin duda útil a la hora de garantizar una continuidad en la unificación de la legislación vigente, cambiaría la naturaleza de la ley de unificación, pues al imponerse una exigencia sobre la elaboración futura de las leyes debería aprobarse con los requisitos de una ley orgánica²³¹.

2.8. Término de entrega de los trabajos de unificación y sanción presidencial

La ley de unificación, al dar las competencias a la comisión, debe determinarle unos precisos límites temporales para entregar el trabajo de compilación. Para el efecto, es necesario distinguir dos fases dependiendo de si los trabajos versan sobre las normas anteriores o sobre las normas que se expidan con posterioridad a la entrada en vigor de la compilación ordenada en la ley de unificación. La primera fase requiere una consolidación de todas las normas vigentes a la fecha en que se promulgue la ley de unificación. Este es un trabajo relativamente complejo que podría extenderse a lo largo de varios meses. La segunda fase, por su parte, requiere de la comisión una actividad previa a la sanción presidencial de la ley respectiva, para que las eventuales modificaciones introducidas por ella queden automáticamente armonizadas y no rompan la unidad de la compilación. Así, la sanción presidencial de la ley vendría acompañada de su incorporación a los textos de las compilaciones vigentes.

231 Artículo 151 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

3. Disposiciones relativas a la continuidad del trabajo de consolidación

Un último grupo de disposiciones de la ley de unificación debe versar sobre la forma en que debe mantenerse el trabajo de consolidación normativa con posterioridad a la unificación de los regímenes civil y comercial de las obligaciones y de los contratos. Según se anunció más arriba, este grupo de disposiciones repercute sobre la forma en que debe llevarse a cabo el procedimiento legislativo y, por tanto, deben tener naturaleza orgánica²³².

En este grupo de disposiciones se debe incluir, en nuestra opinión, la exigencia de la consulta previa a la comisión cuando se vayan a reformar reglas que puedan incidir en la legislación compilada²³³, para que esta conceptúe sobre la necesidad y las posibles repercusiones que las nuevas leyes tendrían sobre las compilaciones, de manera que el Congreso tenga una noción clara del problema jurídico que se pretende resolver con la nueva legislación y esté plenamente informado a la hora de votar las reformas correspondientes.

En estos casos, la ley aprobada debe siempre conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República²³⁴ para que este incorpore, al

232 *Vide supra*, p. 55, nota 231.

233 *Vide supra*, p. 39.

234 Con ello se siguen las pautas dispuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-582 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, donde se exige que las funciones de este tipo que se confieran al Gobierno Nacional deben necesariamente estar basadas en el otorgamiento expreso de facultades extraordinarias para ello.

momento de sancionar la ley, las modificaciones que esta haya hecho a la compilación.

Asimismo, la ley de unificación debe prever que si el Presidente de la República no tiene objeciones al proyecto de ley aprobado por el Congreso, antes de proceder a su sanción lo remita a la comisión para que esta decida sobre la inclusión de dichos contenidos dentro de la compilación, y se sancionen en un mismo acto la ley nueva y el decreto de incorporación.

En fin, debe incluirse una norma que establezca la obligatoriedad de las autoridades públicas y de los particulares de seguir, en sus escritos, comunicaciones y actuaciones, la denominación, numeración y referencias de los trabajos de compilación, como fuente y repositorio único del derecho privado de las obligaciones y de los contratos en Colombia.

Las medidas explicadas arriba sin duda serán útiles para garantizar la unidad operada por la compilación y la continuidad de los trabajos de unificación y consolidación a lo largo del tiempo, tanto a nivel legislativo como a nivel cultural.

IV. CONCLUSIONES

Es conveniente y necesario unificar el derecho de las obligaciones y de los contratos en Colombia. Los argumentos y circunstancias que dieron origen a la dicotomía del derecho privado carecen de vigencia en nuestro actual contexto.

Para unificar el derecho privado en Colombia existen distintos métodos o modelos, como la expedición de un código único o de leyes espe-

ciales, la jurisprudencia, la doctrina y las “recolecciones de derecho constante”.

Cada uno de los modelos propuestos presenta ventajas y desventajas, que se reflejan en la tensión entre los valores de seguridad jurídica y adaptabilidad del derecho a las nuevas realidades sociales.

Una metodología adecuada para la unificación del derecho privado debe asegurar, en la mayor medida posible, los dos valores mencionados, en una estrategia que garantice la unidad formal y material del derecho privado y un esquema que le permita adaptarse a los cambios de la realidad.

La propuesta que aquí se presenta para ello combina elementos de las distintas metodologías existentes, en tres etapas: unificación material, unificación formal o consolidación y preservación de la unificación.

La primera fase, de naturaleza legislativa, consiste en la selección, dentro de los supuestos de doble regulación, de las normas más adecuadas para cada supuesto, la derogatoria de las que resulten inadecuadas y la adaptación de aquellas que así lo requieran. Como resultado de dicha etapa se obtendrá un conjunto de normas aplicable a los actuales ámbitos civil y mercantil.

La segunda etapa, de naturaleza administrativa, se realizaría en el seno de una comisión interinstitucional, encargada de compilar y organizar el producto de la fase anterior, según un esquema sistemático presentado por el Legislador.

La tercera etapa corresponde al mantenimiento de los resultados obtenidos en las dos etapas anteriores. El Congreso debe contar con un concepto previo de la comisión al tramitar nuevas leyes que incidan sobre la compilación. Asimismo, cada nueva ley aprobada debe ser recogida inmediatamente en la compilación, para que ambas sean sancionadas y entren en vigencia simultáneamente.

La propuesta planteada no supone una fractura con las codificaciones existentes, ni busca dar la espalda a la tradición jurídica que se ha consolidado durante tantos años en nuestro país. Por el contrario, el espíritu de la propuesta se basa en la reorganización de las instituciones existentes, así como en la modernización y adecuación de lo estrictamente necesario, mostrando un gran respeto por los insuperables trabajos de Andrés Bello y los demás grandes juristas que con anterioridad han aportado a la consolidación del derecho privado.

Bibliografía

ACCATINO, Daniela. (2005). Métodos de codificación y racionalización del Derecho. En: AA. VV. *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.

ALTERINI, Atilio Aníbal. (2011). *Treinta estudios de derecho privado*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.

ANGARITA BARÓN, Ciro. (1992). La evaluación del código: consideraciones preliminares. En: *Código de Comercio: 20 años. Evaluación y perspectivas* (pp. 11-39). Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. (1992). Presente y futuro de la contratación mercantil. En: *Código de Comercio: 20 años. Evaluación y perspectivas* (pp. 125-146). Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.

ASCARELLI, Tullio. (1964). *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Evelio Verdera y Tuells. (Trad.). Barcelona, España: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial (trabajo original publicado en 1962).

ASCARELLI, Tullio. (1971). Ordinamento giuridico e realtà sociale. En: Rodotà, Stefano (Ed.). *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna, Italia: Società editrice Il Mulino.

ASQUINI, Alberto. (1960). Codice di commercio. En: AA. VV. *Enciclopedia del Diritto*, VII (pp. 250-255). Milán, Italia: Giuffrè.

BARROS BOURIE, Enrique. (2005). Sentidos y métodos de la codificación en el derecho. En: AA. VV. *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.

BARROS, Enrique. (2004). Codificación civil y administrativa. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio (ed.). *L'avenir de la codification en*

- France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina.* Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americains.
- BLOMQUIST, Thomas W. (1971). Commercial Association in Thirteenth-Century Lucca. *The Business History Review*, 45 (2), 157-178.
- BONVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. (1987). Propuestas para un régimen integrado de obligaciones y contratos. En: *100 años del Código Civil de la Nación*. Volumen III. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia.
- BRAIBANT, Guy. (2004). Comment codifier? La méthode. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americains.
- BROSETA PONT, Manuel. (1965). *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid, España: Tecnos.
- BUANELLI, Francesco Donato. (2004). Comment codifier? La méthode. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americains.
- CÁRDENAS, Juan Pablo. (2011). Notas sobre la unificación y modernización del derecho privado en materia de obligaciones y contratos. *Revista de Derecho Privado*, 45 (enero-junio), 1-13.
- CASTÁN VÁSQUEZ, José María. (1988). Los problemas actuales de la codificación. En: *100 años del Código Civil de la Nación*. Volumen III. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia.
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. (1992). Comentarios a la ponencia del doctor Ciro Angarita. En: *Código de Comercio: 20 años. Evaluación y perspectivas* (pp. 41-45). Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. (2010). *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Editorial Temis.
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. (2011). Algunas propuestas para la unificación y la modernización del derecho de las obligaciones y los contratos en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 45 (enero-junio), 5-51.
- CHABAS, François. (2004). Comment codifier? La méthode. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americains.
- COUAILLER, Michel. (2005). La descodificación en la jurisprudencia francesa. Mirada de un juez. En: AA. VV. *De la codificación a la des-*

- codificación. *Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge & PRADA MÁRQUEZ, Yolima. (2011). Eficacia del acto jurídico. Visión unificada en los ordenamientos civil y comercial. *Revista de Derecho Privado*, 45 (enero-junio), 1-62.
- DE CUPIS, Adriano (1979). A proposito di codice e decodificazione. *Rivista di diritto civile*, 25, 2, 47-53.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. (2010). La unificación del derecho privado. En: AA. VV. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo IV-I. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. (1992). Codificación, descodificación y recodificación. *Anuario de derecho civil*, XLV (II), 473-484.
- DUGUIT, León. (1920). *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Carlos G. Posada (Trad.). Madrid, España: Francisco Beltrán Librería española y extranjera.
- DULCKEIT, Gerhard & SCHWARZ, Fritz. (1971). Importancia del derecho romano. Fernando Hinestrosa (Trad.). En: Hinestrosa, Fernando. (Comp.). *Derecho civil - Primer año. Lecturas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- ESCOBAR SANÍN, Gabriel. (1988). Reestructuración del derecho privado. En: Devis Echandía, Hernando et al. *Las transformaciones del derecho mercantil moderno* (pp. 259-301). Medellín, Colombia: Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín, Biblioteca Jurídica Diké.
- ESCOBAR SANÍN, Gabriel. (1994). *Negocios civiles y comerciales, II. Teoría general de los contratos*. Medellín, Colombia: Editorial Diké.
- FACHIN, Luiz Edson. (2004). Le juriste de Derain et la connaissance du code civil. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains.
- FERRI, Giuseppe. (1976). *Diritto Commerciale* (4^a ed.). Turín, Italia: UTET.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. (2005). Codificación, descodificación, recodificación del derecho civil. En: AA. VV. *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
- FRANCIA. CONSEJO CONSTITUCIONAL. (2005). *Codification, simplification et Constitution* [consultado el 10 abr. 2012]. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/simplification.pdf

- GALGANO, Francesco. (1981). *Historia del derecho mercantil*. Joaquín Bisbal. (Trad.). Barcelona, España: Editorial Laia.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1999). Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid, España: Civitas.
- GARRIGUES, Joaquín. (1978). *Temas de derecho vivo*. Madrid, España: Tecnos.
- GIBBON, Edward. (2006). *Juicio histórico del derecho romano. Capítulo XLIV de la "Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano"*. Ignacio Cremades Ugarte (Trad.). Madrid, España: Marcial Pons.
- GÓMEZ VÁSQUEZ, Carlos. (2007). El riesgo contractual en los Códigos civil y de comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente. *Opinión Jurídica*, 6 (12), 105-121.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. (1997). *Derecho privado romano*, I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HALPERIN, Isaac & GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. (2000). Unificación del derecho privado: contratos y obligaciones, resolución de contratos. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. (1987). El desarrollo doctrinario del derecho civil. En: *100 años del Código civil de la Nación*, Volumen I. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. (2003). Codificación, descodificación y recodificación. *Revisa de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 323, 63-73.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. (2004). ¿Cómo codificar? El método. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americains.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. (2010). Codificación y dispersión normativa. En: AA. VV. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Tomo IV-I*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. (2011). Derecho de obligaciones y codificación. En: *Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano, Obligaciones. Contratos. Responsabilidad – Memoria* (pp. 9-18). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- IGLESIAS, Juan. (1952). *Estudios romanos de derecho e historia*. Barcelona, España: Ariel.
- IRTI, Natalino. (1992). *La edad de la descodificación*. Luis Rojo Ajuria. (Trad.). Barcelona, España: Bosch, Casa Editorial.
- LEÓN, Leysser L. (2004). *El sentido de la codificación civil*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- LEVI, Giulio. (1996). *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*. Milán, Italia: Giuffrè.

- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Legis Editores.
- McFARLANE, Anthony. (1993). *Colombia before Independence. Economy, society and politics under the Bourbon rule*. New York, Estados Unidos: Cambridge University Press.
- MEANS, Robert C. (2011). *Desarrollo y subdesarrollo del derecho. Corporaciones y derecho corporativo en Colombia del siglo XIX*. Alberto Supelano. (Trad.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia (trabajo original publicado en 1980).
- MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro. (1987). Campo de aplicación del derecho mercantil. En: Quiceno Álvarez, Eduardo. (Ed.). *Instituciones de derecho comercial colombiano*. Medellín, Colombia: Diké.
- MERRYMAN, John Henry. (2011). *La tradición jurídica romano-canónica* (2a ed., Carlos Sierra, Trad.). México, México: Fondo de Cultura Económica (trabajo original publicado en 1985).
- MOLFESSIS, Nicolas. (2004). Comment codifier? La méthode. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains.
- MOLINA, Carlos. (2004). Codification et Connaisance du droit. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. (2011). *Introducción al derecho mercantil* (10a Ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- NICOLÒ, Rosario. (1960). Codice civile. En: AA. VV. *Enciclopedia del Diritto*, VII (pp. 240-249). Milán, Italia: Giuffrè.
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. (1961). *Los códigos de comercio latinoamericanos con una introducción de Derecho Comparado Externo*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PARICIO, Javier & FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2010). *Historia del derecho romano y su recepción europea* (9a ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. (2010). El futuro del derecho comercial. En: AA. VV. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo IV-I. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.
- PERLINGIERI, Pietro. (1979). *Tendenze e metodi della civilistica italiana*. Nápoles, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PERLINGIERI, Pietro. (1987). Nuevas tendencias del derecho civil moderno. En: *100 años del Código civil de la Nación*, Volumen II. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia.

- PIANO MORTARI, Vincenzo. (1960). Codice (storia). En: AA. VV. *Enciclopedia del Diritto*, VII (pp. 228-236). Milán, Italia: Giuffrè.
- PINZÓN, Gabino. (1985). *Introducción al derecho comercial* (3a ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- PIZARRO, Carlos. (2004). La importancia de la Doctrina en los procesos de codificación. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americanos.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. (1844). *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*. Paris, Francia: Joubert, Librerie de la Cour de Cassation.
- PRYOR, John H. (1977). The Origins on the Comenda Contract. *Speculum*, 52 (1), 5-37.
- Puyo Vasco, Rodrigo. (2006). *Independencia tardía. Transición normativa mercantil al momento de la Independencia de la Nueva Granada*. Medellín, Colombia: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. (2004). Los inicios de la descodificación civil en Perú: el segundo derecho intermedio (1852-1936). En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americanos.
- RASCÓN, César. (2007). *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano* (2ª ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- RIPERT, Georges. (2001). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. José Quero Morales. (Trad.). Granada, España: Editorial Comares.
- RODOTÀ, Stefano. (1971). Ipotesi sul diritto privato. En: Rodotà, Stefano (Ed.). *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna, Italia: Società editrice Il Mulino.
- ROMERO BERISTAIN, Moisés. (2004). Codificación y conocimiento del derecho. En: Larroumet, Christian y Tapia, Mauricio. (Ed.). *L'avenir de la codification en France et en Amerique Latine/El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris, Francia: Sénat, Association Andrés Bello des juristas franco-latino-americanos.
- SCHIPANI, Sandro. (1996). *La codificazione del diritto romano comune*. Torino, Italia: Giapichelli.
- SCHIPANI, Sandro. (2003). Los códigos de Justiniano y el sistema del derecho romano. En: AA. VV. *Estudios de derecho civil –obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hiestrosa– 40 años de rectoría 1963-2003*, Volumen III. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SERRA, Antonio. (1987). Nuevas tendencias del derecho civil moderno. En: *100 años del Código civil de la Nación*, Volumen II. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia.

- SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fabio. (2006). O modelo do Código Civil brasileiro de 2002 sob a perspectiva das funções atuais da codificação. *Roma e America. Diritto romano comune.* 21, 57-73.
- SIPERMAN, Arnoldo. (2008). *La ley romana y el mundo moderno.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos.
- SOHM, Rodolfo. (1975). *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema.* Wenceslao Roces. (Trad.). México, D. F., México: Editora Nacional.
- STEIN, Peter G. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica.* Juan Pablo Fusi. (Trad.). Madrid, España: Siglo Veintiuno de España Editores (Trabajo original publicado en 1996).
- SUESCÚN MELO, Jorge. (1993). Análisis comparativo sobre algunos aspectos del régimen de obligaciones y contratos en general del Código de Comercio y del Código civil. *Revista de derecho privado,* VII (12), 145-188.
- TAMAYO JARAMILLO, Alfredo. (1993). Dualidad entre acto civil y acto mercantil. En: Arrubla Paucar, Jaime Alberto. (Ed.). *Grandes temas de derecho comercial – Su incidencia en la Constitución de 1991.* Medellín, Colombia: Diké, 141-158.
- TAPIA, Mauricio. (2005). Códigos civiles y recopilaciones de derecho constante a propósito del bicentenario del Código civil de Napoleón. En: AA. VV, *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005).* Santiago de Chile, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
- TAPIA, Mauricio. (2010). Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil. En: AA.VV. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI.* Tomo IV-I. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis.
- TARELLO, Giovanni. (1971). Le idee della codificazione. En Rodotà, Stefano (Ed.). *Il diritto privato nella società moderna.* Bologna, Italia: Società editrice Il Mulino.
- VALDIVIESO LOBOS, Leonardo Enrique. (2005). *Historia de la cátedra de derecho civil.* Santiago, universidad de chile, http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/de-valdivieso_I/pdfAmont/de-valdivieso_I.pdf
- VALENCIA ZEA, Arturo. (1980). *Proyecto de código de derecho privado.* Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro.
- VALENCIA ZEA, Arturo. (1987). *De la necesidad de un nuevo Código civil.* En *100 años del Código civil de la Nación,* Volumen I. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia.
- VIVANTE, César. (1932). *Tratado de derecho mercantil.* César Silió Belena. (Trad.). Madrid, España: Editorial Reus (trabajo original publicado en 1921).
- VIVANTE, César. (1982). *Instituciones de derecho comercial.* Ruggero Mazzi. (Trad.). Madrid, España: Editorial Hispana.

WIESNER, Luis Roberto. (1990). Los Códigos de Comercio de la Colombia decimonónica: la migración de un ideal igualitario. *Revista de derecho privado*, 7, 77-95.

ZIMMERMANN, Reinhard. (2000). *Estudios de derecho privado europeo*. Antoni Vaquer Aloy. (Trad.). Madrid, España: Civitas.

ZIMMERMANN, Reinhard. (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Esther Arroyo i Almayuelas. (Trad.). Barcelona, España: Bosch.