

**EL NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA Y EN ALEMANIA: PERSPECTIVA DE  
UNA VERDADERA CLASIFICACIÓN DEL NEGOCIO INEFICAZ.**

David Felipe Benítez Rojas

Universidad Santo Tomás Bogotá

Facultad de Derecho

Trabajo de Grado presentado como requisito para obtener el título de

Abogado.

Este trabajo de investigación es producto de mi desarrollo académico durante mi pregrado en la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, así como también de mis estudios de intercambio realizados en la Facultad de derecho de la Universidad de Konstanz en Alemania. Agradezco la colaboración de mi director de tesis José Guillermo Castro Ayala, a mi hermano Vicente Fabián Benítez y a mis amigos Alejandra Castillo y Juan Pablo Mateus por sus valiosos aportes.

**EL NEGOCIO JURÍDICO EN COLOMBIA Y EN ALEMANIA: PERSPECTIVA DE  
UNA VERDADERA CLASIFICACIÓN DEL NEGOCIO INEFICAZ.**

**RESUMEN.**

La teoría general del negocio jurídico se hace imprescindible en todo ordenamiento legal, por cuanto es a partir de allí de donde se origina un sistema de obligaciones que vincula el diario vivir no solo de los ciudadanos sino también de la administración. Todos los contratos y demás relaciones obligatorias requieren de esta teoría. Sin embargo nuestra legislación aún no tiene claro los diferentes estados de nacimiento y formación del negocio jurídico. Por lo anterior es necesario escrudiñar los antecedentes históricos que soportan esta confusión. El análisis del ordenamiento Europeo (en especial el alemán) también se hace imprescindible, pues ha sido influencia directa de nuestro legislador.

## TABLA DE CONTENIDO

|                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCCIÓN                                                                                                     | 1  |
| OBJETIVOS                                                                                                        | 4  |
| 1. UBICACIÓN DEL NEGOCIO JURIDICO                                                                                | 6  |
| 1.1. Antecedentes                                                                                                | 6  |
| 1.1.1. Formación De la declaración de la voluntad-historia-                                                      | 6  |
| 1.1.1.1. La relación obligatoria en Roma. La obligatio como pre-génesis de la declaración de la voluntad.        | 8  |
| 1.1.1.2. El renacer de la teoría del consentimiento canónico-Edad Media-.                                        | 10 |
| 1.1.1.3. El liberalismo y los nuevos aires de revolución. .-el nacimiento de la autonomía de la voluntad-.       | 12 |
| 1.1.2. Nacimiento del concepto “negocio jurídico” –Recuento histórico en Alemania-.                              | 13 |
| 1.1.2.1. El derecho natural y su concepto de “acto”.                                                             | 15 |
| 1.1.2.2. La Dinastía de “la autonomía de la voluntad”                                                            | 16 |
| 1.1.2.3. La nueva posición del negocio jurídico.                                                                 | 19 |
| 1.1.2.4. Cambio doctrinal frente a la seguridad del negocio jurídico-nacimiento de la teoría de la imprevisión-. | 21 |
| 1.1.3. La conquista al sistema legal de “las Américas”-Colombia-.                                                | 24 |
| 1.1.3.1.” La génesis” española dentro del sistema legal colombiano-.                                             | 25 |
| 1.1.3.2. El Código Civil de Bello.                                                                               | 26 |
| 1.1.3.2.1. Corrientes del derecho que influenciaron nuestro Código Civil en la parte de los negocios jurídicos.  | 27 |

|                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2. CONCEPTO Y NATURALEZA.                                                     | 31 |
| 2.1. Ubicación.                                                               | 32 |
| 2.1.1. Ubicación del negocio jurídico en Alemania.                            | 33 |
| 2.1.2. Ubicación del negocio jurídico en Colombia                             |    |
| - Connotación francesa-                                                       | 33 |
| 2.2. Definición Conceptual.                                                   | 34 |
| 2.2.1. En Colombia.                                                           | 35 |
| 2.2.2. En Alemania.                                                           | 36 |
| 2.3. Elementos Del Negocio Jurídico.                                          | 38 |
| 2.3.1. En Alemania.                                                           | 39 |
| 2.3.2. En Colombia.                                                           | 42 |
| 2.4. Algunas Clasificaciones Del Negocio Jurídico.                            | 45 |
| 2.4.1. En Alemania.                                                           | 45 |
| 2.4.1.1. Negocios jurídicos unilaterales y negocios jurídicos plurilaterales. | 45 |
| 2.4.1.2. Negocios jurídicos obligatorios y negocios jurídicos de disposición. | 47 |
| 2.4.1.2.1. Principio de separación y de abstracción.                          | 51 |
| 2.4.2. En Colombia.                                                           | 56 |
| 2.4.2.1. Negocios jurídicos unilaterales y plurilaterales.                    | 56 |
| 2.4.2.2. Negocios jurídicos obligatorios y dispositivos.                      | 57 |
| 2.5. Declaración De Voluntad.                                                 | 59 |
| 2.5.1. En Alemania.- El Gran Acierto de la Figura de la Impugnación Alemana.- | 61 |
| 2.5.2. En Colombia.                                                           | 68 |

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. PRINCIPALES VICISITUDES DEL NEGOCIO JURÍDICO.                                                              | 71  |
| 3.1. Inicio De La Validez O Vinculación De La Declaración De La Voluntad En El Tráfico Jurídico.              | 71  |
| 3.1.1. En Alemania.- Invitatio Ad Offerendum-.                                                                | 72  |
| 3.1.2. En Colombia.                                                                                           | 77  |
| 3.2. Negocio Jurídico Ineficaz.                                                                               | 79  |
| 3.2.1. En Alemania.                                                                                           | 81  |
| 3.2.1.1. Nociones generales de la Incapacidad en Alemania de conformidad con los §§ 104 y siguientes del BGB. | 82  |
| 3.2.1.2. El negocio jurídico ineficaz.                                                                        | 85  |
| 3.2.1.2.1. Negocio Jurídico Nulo.                                                                             | 86  |
| 3.2.1.2.2. Negocio Jurídico Impugnable.                                                                       | 89  |
| 3.2.2. En Colombia.                                                                                           | 92  |
| 3.2.1.1. Nociones terminológicas.                                                                             | 93  |
| 3.2.1.2. Efectos de las ineficacias del Negocio jurídico y de los estados de inexistencia.                    | 100 |
| 3.3. El Verdadero Negocio Jurídico Ineficaz en Colombia – Componente Propositivo-Conclusiones.                | 105 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.                                                                                   | 111 |

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

|                      |                                                                                                                                                                      |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AktG                 | <i>Aktiengesetz</i> . Ley de las sociedades Anónimas Alemanas.                                                                                                       |
| Art.                 | Artículo.                                                                                                                                                            |
| Arts.                | Artículos.                                                                                                                                                           |
| BGB                  | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . Código Civil Alemán.                                                                                                                |
| BGH                  | <i>Bundesgerichtshof</i> . Tribunal Supremo Alemán.                                                                                                                  |
| BGHZ                 | <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> . Decisiones del Tribunal Supremo Alemán en cuestiones civiles.                                          |
| C.C.                 | Código Civil Colombiano.                                                                                                                                             |
| C.Co.                | Código de Comercio.                                                                                                                                                  |
| C.P.C.               | Código de Procedimiento Civil.                                                                                                                                       |
| H.G.B.               | <i>Handelsgesetzbuch</i> . Código de Comercio Alemán.                                                                                                                |
| Inc.                 | Inciso.                                                                                                                                                              |
| NJW                  | <i>Neue juristische Wochenschrift</i> . Nuevo semanario jurídico (Revista donde se publican algunas de las decisiones más importantes de las altas cortes alemanas). |
| <i>Rechtsgechäft</i> | Negocio jurídico en alemán.                                                                                                                                          |
| v.gr                 | verbigracia.                                                                                                                                                         |

## INTRODUCCIÓN.

La idea de hacer un trabajo de derecho comparado con el país germano, proviene de mi fascinación ante aquella cultura jurídica. Desde el mismo momento en que cursé mi modulo privado del pregrado (en especial por las lecturas de la materia “Analítica”), me percaté de que quería ahondar en la investigación del sistema de leyes alemán. Gracias al convenio existente entre la Universidad Santo Tomás y la Universidad de Konstanz, tuve la oportunidad de realizar un semestre de intercambio en el país europeo. En aquella época ya tenía claro que el tema de mi trabajo de grado sería el que aquí estoy presentando. Por lo tanto muchas de las fuentes de referencia de mi investigación fueron recogidas en dicho semestre.

La teoría del negocio jurídico en Colombia se configura como un tema bastante oscuro, toda vez que ni la legislación ni la jurisprudencia ni mucho menos la doctrina han podido encontrar un consenso frente a los estados o etapas de nacimiento, formación y validez del negocio jurídico. Es preciso decir que incluso se tiene una ambigüedad terminológica al respecto, por cuanto algunos aducen que los términos “negocio” o “acto” son dos categorías conceptuales idénticas (en muchos otros países son dos conceptos distintos). Asimismo no se tiene certeza de si en realidad contamos con la categoría de “la inexistencia” de un negocio jurídico: mientras que algunos la equiparan como un estado de invalidez, otros la conciben como un ente autóctono y “amorfo”. Por su parte el legislador no ha proporcionado una ayuda efectiva que solucione la controversia: tanto el Código Civil como el de Comercio intentaron regular el mismo tema con algunas disposiciones bastante disimiles.

Es bien sabido que este tema es de vital importancia, ya que toda sociedad requiere de negocios jurídicos para su desarrollo. Esta imprecisión ha llevado, entre otras cosas, a que en nuestro país se inicien innumerables procesos judiciales tendientes a dilucidar los problemas de la eficacia o existencia del negocio jurídico para casos específicos. Por todo lo anterior considero que se hace más que necesario ocuparme de la solución de este problema. Mi objetivo aquí es desarrollar una clasificación inequívoca del negocio jurídico en cuanto a su invalidez o ineficacia, que solvente la contrariedad. Para ello he decidido en primer lugar remontarme a los orígenes más remotos de la figura del negocio jurídico, pues de esta forma se comprenderá cuáles fueron las influencias e intenciones de nuestro legislador civil a la hora de regular el tema. En otras palabras estudiare brevemente el desarrollo histórico de la teoría general del negocio en Europa occidental (ello en razón a que nuestro sistema de derecho proviene de allí).

He escogido a Alemania como país de comparación por cuanto para el tema del negocio jurídico, fueron ellos los pioneros en desarrollar la teoría. Personajes como Windscheid, Savigny, Haupt, Ihering entre otros, han engendrado lo que hoy conocemos como contrato, relación obligatoria y ante todo negocio jurídico. Así las cosas, también realizare una comparación entre ambas legislaciones sobre los estados de formación e ineficacia del negocio.

Mi componente propositivo se verá en la parte final de este trabajo. Allí intentaré demostrar en que momento nuestro legislador perdió de vista al país germano como punto de referencia. Dejo de presente que prestaré especial atención a los “estados” de inexistencia en el derecho colombiano así como a cada una de las etapas de invalidez (en especial la figura de la ineficacia de pleno derecho del artículo 987 del Código de Comercio). Respecto del país europeo, me concentraré en el estudio del derecho de impugnación del § 119 y siguientes del BGB, así como la importancia de la teoría de la autonomía de la declaración de la voluntad. Lo anterior

me servirá para elaborar una clasificación de la eficacia del negocio jurídico en nuestro país que se encuentre más acorde a sus raíces o inicios, esto es Alemania.

## **OBJETIVOS.**

- **Objetivo General.**

Realizar un trabajo de derecho comparado entre Alemania y Colombia, sobre los estados de nacimiento y eficacia del negocio Jurídico. De esta forma, proponer una clasificación inequívoca del negocio jurídico inválido en Colombia.

- **Objetivos Específicos.**

- Investigar las raíces históricas que tuvo tanto el legislador alemán como el colombiano para la formación de la teoría del negocio jurídico.
- Encontrar las fuentes que influenciaron al Codificador de la legislación civil colombiana en el tema del negocio jurídico.
- Encontrar las diferencias estructurales existentes en los dos países objeto de parangón frente a los estados de ineficacia del negocio jurídico.

## 1. UBICACIÓN DEL NEGOCIO JURIDICO

### 1.1. Antecedentes

Para el repaso histórico del negocio jurídico, se debe advertir que los países objeto de Estudio (Colombia y Alemania) coinciden, en parte, en la génesis o nacimiento de la figura. Precisamente, el desarrollo epistemológico del derecho privado en occidente mantiene varios puntos en común (piénsese en culturas jurídicas como la Helenista, Romana o Babilónica).

#### *1.1.1. Formación De la declaración de la voluntad-historia-*

Tal y como lo relaciona Hans Hattenhauer en su obra (trad) de 1987:

“Persona” y “cosa” son conceptos independientes, para que el hombre entre en relación de derecho con otras personas y pueda usar las cosas en su provecho, se necesita un tercer concepto, que el Código civil denomina “negocio jurídico” y debe originar la conexión entre personas y cosas.

Antes de entrar en materia con el negocio jurídico, estimo conveniente primero estudiar el nacimiento y desarrollo de la declaración de voluntad. Como bien se sabe, para que se engendre un negocio jurídico (cualquiera sea su naturaleza) se requiere de la manifestación de la voluntad de las personas, por lo tanto, ésta y su declaración (sea cual fuera la forma en que se “declare”) es uno de los elementos esenciales y anteriores a la formación del *Rechtsgeschäft*. Por lo anterior, se hace imprescindible estudiar la declaración de voluntad, con el fin de comprender el desarrollo histórico del negocio jurídico.

Este capítulo empezará con un pequeño recuento sobre de las primeras ideas que se tuvieron en el imperio Romano acerca de la obligación y de la relación obligatoria. Lo anterior en razón a que para la época no se engendró como tal una idea propia de negocio jurídico, sin embargo la doctrina Romana fue hábil en desarrollar un concepto de obligación u *obligatio* como primera fuente de las obligaciones; de la misma podemos extraer las nociones básicas que hay sobre la *declaración de la voluntad*.

Seguidamente, revisaremos los progresos del Medioevo, frente a la evolución de la *obligatio* y la *sponsio* romanas, ello para demostrar que dichos adelantos sirvieron también para el afianzamiento de una idea general de *la declaración de la voluntad*, la cual coadyudó a su vez a que la naciente sociedad burguesa tuviera mayor libertad frente a la configuración de sus “negocios” o relaciones obligatorias.

Por último revisaré el tema de *la autonomía de la voluntad* (esto en razón a que hoy en día este elemento se constituye como uno de los requisitos de esencia para la formación del negocio jurídico), la cual, a percepción propia, tuvo su punto de origen en la revolución Francesa.

Antes que nada, advertimos que el concepto de negocio jurídico (o *Rechtsgeschäft* traducido del alemán) se refiere a una categoría conceptual proveniente de la doctrina alemana propia de finales del siglo XIX.

#### 1.1.1.1. La relación obligatoria en Roma. La *obligatio* como pre-génesis de la declaración de la voluntad.

A pesar de que en el imperio Romano no se logró desarrollar un concepto de negocio jurídico, sí se vieron grandes adelantos frente a la idea de relación obligatoria, figuras como *el mutuo* o préstamo, propias de aquella época, nos proporcionaron algunos de los elementos integrantes que hoy en día componen el *Rechtsgeschäft*.<sup>1</sup> En efecto, las primeras sociedades de occidente, con el fin de poder generar relaciones obligatorias con sus semejantes, tuvieron que recurrir a la creación de la figura elemental de la *obligatio* (Hinestrosa, 2007). Si bien es cierto que por mucho tiempo la doctrina presupuso al *delito* como la primera fuente de las obligaciones<sup>2</sup>, la necesidad de darle seguridad jurídica a la figura del mutuo o préstamo en general, hizo que éstos se empezaran a regular por medio de pactos o “contratos”.

Gran parte de la doctrina afirma que el pronto auge de la naciente figura del mutuo, repercutió en la desconfianza generalizada de quienes acudían a dicho contrato. Por lo anterior se recurrió al uso de ciertas garantías o “seguros” para el efectivo cumplimiento de la deuda, de

---

<sup>1</sup> Tal como se contemplará en este capítulo,

<sup>2</sup> Al respecto véase *Istituzioni di diritto romano*. Bonfante. Precisamente es lógico afirmar que antes del acaecimiento de las teorías del *delito* y del *cuasi-delito*, la humanidad tuvo que afrontar el desarrollo de las etapas dentro de la historia de la justicia denominadas como: justicia por propia mano, la autocomposición (influencia de la *ley del talión* incurra en la ley de las doce tablas del *Codez Hammurabi*), y heterocomposición.

lo anterior resulta el nacimiento del llamado *nexum*, por virtud del cual el deudor (o *nexi*) se sujetaba físicamente al acreedor (u *creditores*), hasta tanto la deuda no fuera efectivamente saldada. El hecho de que en aquellas sociedades (como la babilónica, la helenística, y la romana) no se tuvieran los suficientes órganos de control que vigilaran y coordinaran los límites que se exigían tener frente al *nexum*, llevó diversas arbitrariedades por parte del *obligatus* frente al deudor que sometía su libertad<sup>3</sup>. En consecuencia, las constantes luchas vividas en los primeros siglos de Roma por parte de patricios y plebeyos (suscitadas casi siempre por deudas contraídas entre ellos) generó como respuesta la expedición de la *lex Poetelia Papiria* (promulgada hacia el año 428 de Roma) la cual ordenó liberar a los *nexi* que habían sufrido de la *manus injectio* a causa de su incumplimiento, y así mismo prohibió que se usara la libertad de las personas como garantía frente al incumplimiento en el pago de las deudas (Petit, 1980).

Lo cierto es que, gracias a la gran predilección hacia el *formalismo* que se tenía en el derecho Romano, la figura de la *obligatio* se afianzó precisamente a raíz del uso de ritualismos, o más precisamente de fórmulas sacramentales verbales que tenían que ser pronunciadas de determinada manera so pena de que la relación obligatoria no quedará consolidada. Lo anterior se denominó como la *sponsio*, a partir de la cual se desarrollaron otras varias expresiones que significaban el compromiso que tenían los contratantes con el cumplimiento del pacto. La *stipulatio*<sup>4</sup>, fue la figura que en parte sustituyó a la *sponsio*, la cual si bien inicialmente se desarrolló con ritualismos tal como su predecesora, posteriormente le atribuyó mayor

---

<sup>3</sup> La pérdida de la libertad se configuraba como una de las consecuencias frente al incumplimiento del *nexum* y denominada como *manus injectio*, la cual según palabras de Eugène Petit de su obra de 1980 era una "...especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del Magistrado. Desde entonces, el deudor, declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y traerle como a su esclavo de hecho...."

<sup>4</sup> Que de conformidad con José María Uría en su obra de 1984, se constituía como una de las principales fuentes del contrato.

importancia a la voluntad de las partes que al simple pronunciamiento de frases, siendo este suceso de gran importancia para la formación del negocio jurídico, por cuanto la declaración de la voluntad (concepto que inicio su *génesis* en la Edad media) se establece como uno de los principales elementos de aquel.

Véase entonces que en la Roma antigua, a pesar de que no se tuvo una acepción precisa frente al negocio jurídico<sup>5</sup>, por medio del concepto precario de relación obligatoria o contractual (“*negotium contractum*”) se germinó uno de los motores fundantes del *Rechtsgeschäft*, esto es el de la autonomía de la voluntad.

#### 1.1.1.2. El renacer de la teoría del consentimiento canónico-Edad Media-.

La caída del imperio romano y el advenimiento de la Edad media, hizo que las instituciones que se habían desarrollado para la época (entre las que se cuenta el concepto de la *obligatio* con todos los preceptos ya vistos) se estancaran o incluso desaparecieran, toda vez que en los primeros siglos del Medioevo, la sociedad se sumergió en un letargo a nivel jurídico (comúnmente llamado como “barbarización o “vulgarización” del derecho (Jaramillo, 2004)).<sup>6</sup>

El llamado despertar del siglo XI conllevó al afianzamiento de la pedagogía y de la literatura. Ese progreso del camino intelectual, colaboró a que se abrieran numerosos

---

<sup>5</sup> “El vocablo “*negotium*” (refiriéndose al negocio jurídico) se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico.” (De Castro y Bravo, 1985, 19)

<sup>6</sup> Sin embargo, y de conformidad con el doctrinante Carlos Ignacio Jaramillo, la Edad Media, si bien tuvo un primer lapso lleno de “altibajos y borrascas”, también contó con un periodo que aportó numerosos conceptos valiosos para la cultura jurídica, y tan es así que el mismo suele denominarse como “despertar”.

monasterios y abadías, en los cuales, aparte del resguardo del tema espiritual, se vivió el nacimiento del oficio de los copistas medievales, quienes se dedicaron a la reproducción manuscrita de textos antiguos provenientes de la cultura babilónica, helenística, y sobre todo de la romana; ello con el objeto de su protección y proliferación. El camino del progreso floreció de tal forma, hasta el punto de consolidar a las universidades (en especial la de Bolonia) como centros de desarrollo del pensamiento. Así mismo, valga recordar que la sociedad civil volvió a tener la connotación que se tuvo en la antigüedad, esto es, que las ciudades recobraron su importancia. El apogeo del comercio conllevó a que se buscaran y descubrieran numerosas rutas comerciales.

En suma, el enorme progreso vivido durante la segunda etapa de la edad Media adquiere una significación especial para el afianzamiento de la idea de negocio jurídico, ya que los estudiosos del derecho de la época (es decir, los pandectistas y comentaristas entre otros), usaron las nociones del derecho Romano (especialmente del *jus privatum*<sup>7</sup>), para la constitución del derecho del Medioevo. En efecto, Se sabe también que dentro de dicho oficio, se redescubrió el *digesto* justiniano, texto de magna importancia para el estudio del derecho en las universidades europeas.

Así pues los doctrinantes de la época retomaron (entre otras) la categoría romana de la *obligatio*, para actualizarla y acoplarla. En efecto, y en relación con las bases para la germinación de la teoría del negocio jurídico, valga decir que el desarrollo doctrinal del medioevo permitió no solo la flexibilización de los requisitos para la consecución de una

---

<sup>7</sup> Término comúnmente usado por la doctrina para designar las relaciones entre particulares. Al respecto véase la obra de Castro de Arenas de 1993.

relación obligatoria<sup>8</sup>, sino también el desarrollo de *la teoría del consentimiento* (propia del derecho Canónico)<sup>9</sup>

Por esta razón, es válido afirmar que las instituciones referentes a la idea que se tenía del negocio jurídico en la Roma antigua (y alinderadas por el concepto de la *obligatio* y su enorme influencia para el desarrollo de la autonomía privada) fueron recogidas y re utilizadas en la Edad Media. El rápido crecimiento de la clase burguesa dentro de la naciente sociedad mercantilista, dio pie a que los mercaderes de la época tuvieran el suficiente poder como para expedir ordenanzas que acarrearán mayor seguridad jurídica dentro de los negocios o contratos que hacían frente al giro ordinario de sus labores<sup>10</sup>.

#### 1.1.1.3. El liberalismo y los nuevos aires de revolución.-el nacimiento de la autonomía de la voluntad-

La influencia que tuvo la revolución francesa de 1789 en la formación de una teoría del negocio jurídico radica más que todo en el lema que tuvo dicha revuelta: “Fraternidad, libertad e igualdad”. Justamente, el derecho de la libertad (del cual, sus raíces ideológicas se desprenden de las corrientes filosóficas liberalistas de la ilustración propias de Montesquieu, Locke, Rousseau, Voltaire entre otros) comprendía no solo la protección a la escogencia y practica de cultos así como la libertad de prensa, sino también el derecho a la propiedad privada y más que

---

<sup>8</sup> Ello en relación con el excesivo formalismo propio de la *sponsio* Romana.

<sup>9</sup> Según la cual el consentimiento se formaba a partir de la concurrencia de las voluntades concordantes. El resultado de dicho consenso era el nacimiento de un nuevo derecho valido.

<sup>10</sup> Para la mejor comprensión de la influencia de la clase burguesa, se recomienda revisar registros como “la de los Mares” o “Los Roules de Olerón”.

todo a la autonomía de la voluntad. En efecto, el otro elemento que compuso el estandarte de la revolución fue el de la igualdad, la cual para nuestro contexto puede ser vista como la igualdad de condiciones que pueden y deben tener los sujetos integrantes dentro de una relación jurídica (y por ende, del negocio jurídico).

Así pues, se debe resaltar que a pesar de que una de las consecuencias generadas de la revolución francesa, fue la del afianzamiento del concepto de la exegesis (y su máxima “del imperio de la ley”), lo cierto es que las corrientes liberalistas revolucionarias permitieron darle límites al poder de las leyes dentro de la configuración de la naciente idea de negocio jurídico, es decir que la autonomía de la voluntad de las personas se enmarcaba y desarrollaba siempre dentro del principio de la legalidad (“Todo lo que no está expresamente autorizado por la ley está prohibido”<sup>11</sup>).

### *1.1.2. Nacimiento del concepto “negocio jurídico” –Recuento histórico en Alemania-.*

Antes que nada se hace imprescindible recordar que una de las principales razones, en virtud de las cuales escogí al país germano como objeto de parangón del presente proyecto de investigación, es precisamente porque fueron los doctrinantes de aquel país los que desarrollaron la doctrina por la cual se designa el término técnico del negocio jurídico que hoy conocemos<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Zagreblesky, *Il diritto mite. Legge, diritto giustizia*, Turin, 1992 II (Trad. Al castellano de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995)

<sup>12</sup> Autores como Netteblatt, adecuan en varias de sus obras la consigna “*actus juridicus seu negotium juridicum*” al alemán como “*ein rechtliches Rechtsgeschäft*” (Castro y Bravo, 1985)

En primer lugar, iniciaré con la explicación que el *iusnaturalismo* le daba a la idea de “acto” del ser humano, ya que fue a partir de aquellos preceptos que doctrinantes alemanes como Grotius y Pufendorf engendraron la idea de “promesa” (categoría conceptual anterior al nacimiento del término conceptual de negocio jurídico, la cual comprendía, en esencia, casi todos los elementos que hoy en día se le atribuyen también a aquel). La importancia de este concepto radica en que la legislación prusiana del siglo XVIII (y posteriormente la unificada de 1900) adoptó la idea de la voluntad de las personas libres y aptas, como móvil para la creación de negocios jurídicos.

Seguidamente, estudiaré lo acontecido en el siglo XIX en relación a la influencia que tuvo (y mantiene aún) la *declaración de la voluntad* dentro de los negocios jurídicos. De Igual forma habrá una referencia frente al paso de la monarquía al Estado de derecho, ello frente a la legitimidad del *Rechtsgeschäft* que adquiere con el beneplácito de la ley.

Por último, analizaré la decadencia que tuvo la teoría de *la declaración de la voluntad* en el siglo XX frente al negocio jurídico. De igual forma, observaré la seguridad del mismo (que se veía amenazada con los innumerables e impredecibles acontecimientos que ocurrieron en la sociedad europea de la primera mitad del siglo pasado). El anterior tema es de tal trascendencia para lo que hoy en día se entiende como negocio jurídico, que aparté un subtítulo para el exclusivo estudio de la base negocial del *Rechtsgeschäft*.

#### *1.1.2.1. El derecho natural y su concepto de “acto”*

Si bien es cierto que el término negocio jurídico se empezó a usar a finales del siglo XVIII<sup>13</sup> en Alemania, su historia es más profunda (iniciando con las antiguas culturas triviales, pasando por “la promesa” de Grotius, hasta el advenimiento de la teoría de *la autonomía de la voluntad*). A renglón seguido ahondo en la razón de mis argumentos.

En un principio los primeros pueblos germanos le atribuyeron a las fuerzas paranormales o místicas y a la magia el carácter vinculante, por el cual se sentían obligados a asumir las consecuencias de sus actos. En otras palabras, la posible sanción que podía recibir una persona por el hecho de obligarse a determinado acto, no devenía precisamente de la fuerza coercitiva de la ley o del liderazgo de alguien, sino por el contrario, que un poder divino supra sensorial era el facultado para castigar a aquel que no cumpliera con lo debido (Hattenhauer, trad, 1987).

Inicialmente el *Rechtsgeschäft* fue catalogado por la legislación prusiana de 1794 bajo el título de “acto”, el cual, a pesar de ser un concepto precario, ofrecía los aspectos elementales del negocio jurídico.

Fue la escuela Iusnaturalista, la encargada de aseverar que la libertad era el concepto idóneo para configurar todo negocio jurídico. Según el derecho natural el ser humano (dotado de lucidez y razón) tenía la libertad para transmutar sus deseos en actos exteriorizados. De ahí resulta que, eran las personas con suficiente intelecto las únicas facultadas para materializar estos actos (o dicho en otras palabras, para elaborar negocios jurídicos). Lo anterior, también encuentra sustento en que la libertad expresada por el pensamiento humano, estaba ligada a la responsabilidad moral que cada persona tiene frente a sus actos.

---

<sup>13</sup> Ibíd. 12

Los preceptos emanados del derecho natural fueron adoptados por Hugo Grotius (1583-1645), quien adecuó el concepto de libertad de la persona a la categoría conceptual de “la promesa” (en relación a la declaración dada por la persona para generar el “acto” .o negocio jurídico-). Así pues, el termino negocio jurídico había nacido y a finales del siglo XVIII el legislador Prusiano tomó todo lo anterior para afirmar que el elemento fundador y por ende más relevante para la configuración del negocio jurídico debía ser la voluntad de las personas. Desde aquella época (e incluso hasta nuestros días), se discute sobre la seguridad que puede tener el simple elemento volitivo de una persona, ello en razón a que el mismo se puede tornar demasiado volátil y cambiante dependiendo del contexto en que se exprese.

#### 1.1.2.2. La Dinastía de “la autonomía de la voluntad”

El concepto de la *obligatio* y del contrato (temas revisados en páginas anteriores) cobran aquí especial relevancia, toda vez que las bases teóricas de los mismos fueron usados por la doctrina alemana para revestir a la naciente figura de la *voluntad* con mayor seguridad. Así pues, el *consentimiento*<sup>14</sup>, se convirtió en el elemento que exteriorizaba la voluntad de las personas.

En razón a las anteriores bases teóricas, germino la teoría de *la autonomía privada* como elemento integrador del negocio jurídico. Es de advertir que la misma fue producto de la enorme influencia de las clases burguesas y sus corrientes liberalistas<sup>15</sup>. No se debe olvidar que desde

---

<sup>14</sup> Ibíd. 8

<sup>15</sup> Creo oportuno dejar de presente que la categoría conceptual de *la autonomía de la voluntad privada* fue fuertemente influenciada por la doctrina alemana de la *Vertragsfreiheit* (libertad contractual), en virtud de la cual (y de conformidad a preceptos legales del BGB -§311 inc. 1- ) se tiene tanto la libertad de cierre (*Abschlussfreiheit*) como la de contenido (*Inhaltsfreiheit*) (Boecken, 2012). El primero de ellos se refiere a que por

el desencadenamiento de la revolución francesa, la libertad fue uno de los estandartes por los que se luchaba contra el absolutismo monárquico de Luis XIV. Ciertamente, se arguyó que la libertad de cada persona devenía precisamente de su entendimiento o raciocinio proporcionado por Dios, y no por figuras humanas como el rey o el emperador. Esto dio pie para frenar la intromisión del Estado en la consecución de los negocios de las personas, toda vez que la *autonomía de la voluntad* era elemento único y suficiente para integrar y ligar a las mismas mediante relaciones jurídicas. El hombre racional era pues capaz de entablar negocios jurídicos y así poder crear derechos y obligaciones, únicamente con la consecución de la *autonomía de su voluntad*.

Si bien, los postulados liberalistas gozaron de gran aceptación durante el siglo XIX en relación a la configuración del negocio jurídico, teorías como la de Friedrich Carl Von Savigny, contribuyeron a que la *voluntad* y su *autonomía* se limitaran. Evidentemente, la *voluntad* como elemento circundante del negocio jurídico, debía obtener su validez, no solo del simple capricho del ser humano, sino también del ordenamiento jurídico efectivamente legitimado. En consecuencia, el *Rechtsgeschäft* devenía no solo de la *autonomía de la voluntad* de los contratantes, sino que ésta debía consentir los postulados del Estado, dentro del cual se desarrollaba. En el mismo sentido se pronunció el legislador sajón de 1863 en el parágrafo 88 del código Civil.:

*“un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica”*

---

regla general, cada persona tiene la libertad de realizar un contrato y además de elegir con quien desea hacerlo. El segundo hace mención a la autonomía de cada quien en disponer del contenido que se quiere del contrato (llamado por la doctrina alemana como *Gestaltungsfreiheit* o libertad de configuración)

Para finales del siglo XIX, en plena redacción del BGB, se dio una gran discusión frente al momento, o mejor dicho, la forma como la *voluntad* adquiriría la fuerza vinculante para engendrar un negocio jurídico. Mientras que unos afirmaban que el reconocimiento de la *voluntad* se daba desde el momento mismo en que la persona la engendraba internamente dentro de su *psique*; los otros alegaban que, en aras de la seguridad jurídica, se requería que ésta fuese efectivamente exteriorizada, es decir que pudiese ser perceptible por alguno de nuestros sentidos. Los primeros (defensores de la teoría volitiva<sup>16</sup>) se amparaban en que el beneplácito dado por la ley a la *autonomía de la voluntad* provenía de la misma sociedad civil<sup>17</sup>; *contrariu sensu* pensaban los segundos (propios de la teoría declaracionista) que es el ordenamiento jurídico (o más precisamente el Estado) el que dispone los derroteros a seguir para fecundar un *Rechtsgeschäft*. Grosso modo, de lo anterior encuentro meritorio concluir que, si bien la teoría declaracionista halló mayores adeptos que su rival<sup>18</sup>, lo cierto es que el BGB no entró a resolver la dicotomía en cuestión, puesto que su redacción al respecto se ocupó de tratar casos particulares.

### 1.1.2.3. La nueva posición del negocio jurídico.

---

<sup>16</sup> Se destacan Personajes como Ludwig Eneccerus.

<sup>17</sup> De ahí que, según ellos, es el mismo hombre dentro de su libertad el único encargado de dictar su propia voluntad.

<sup>18</sup> En efecto, Andreas von Tuhr en su introducción al BGB de 1914, asevera que el negocio jurídico encuentra su eficacia en la ley, la cual se configura de conformidad con la declaración de las partes integrantes del *Rechtsgeschäft*.

El declive de la preponderancia de la teoría *autonomía de la voluntad* para el negocio jurídico se dio, más que todo a partir de la hipótesis de Rudolph von Ihering, Günter Haupt e incluso Karl Larenz. El primero de ellos se encargó de proponer la de *la culpa in contrahendo*<sup>19</sup>, en virtud la cual se hacía extensivo el concepto de responsabilidad a los hechos acontecidos con anterioridad a la perfección del contrato. Ciertamente para él, los deberes pre y extra contractuales tenían la virtualidad de engendrar negocios jurídicos.

Ihering (Citado en Hattenhauer, trad, 1987, 68) “*Las reglas sobre la culpa no deben proteger simplemente las relaciones contractuales, sino también las nacientes*”

En segundo término, Günter Haupt (apoyado de los preceptos de Ihering) en su trabajo de 1941 titulado “*Über faktische Vertragsverhältnisse*”<sup>20</sup> adujo que el desarrollo social de aquella época demandaba grandes cambios para la configuración de las relaciones jurídicas entre las personas; el desbordado crecimiento de las principales ciudades europeas a inicios del siglo XX obligó a que el Estado tuviera mucha más interferencia en la vida de las personas, volviéndose casi autocrático en determinados eventos. De esta forma, el perfeccionamiento de los negocios jurídicos no requería necesariamente de la concurrencia de *la autonomía de la voluntad* (Verbigracia los contratos denominados por la doctrina alemana como *Daseinsvorsorge*<sup>21</sup> o de previsión de la existencia, en virtud de los cuales: “(...) toda persona depende del uso de determinados bienes y servicios y por lo tanto se veta del poder de decisión

<sup>19</sup> Conocida hoy en día bajo el nombre de culpa precontractual. Esta acepción ha tenido un gran apogeo en Alemania en los últimos tiempos (*Vorvertrag*). Tal y como acertadamente afirma el doctrinante José Guillermo Castro Ayala en su libro *Das pactum de contrahendo der Vorvertrag* de 2013 (el pacto de contrahendo el precontrato), esta teoría fue uno de los puntos fuertes que se trataron en la gran reforma del 2002 al código civil alemán. En efecto el precontrato (§ 311 inciso segundo BGB) se convierte en una de las fuentes de las obligaciones.

<sup>20</sup> Sobre las condiciones fácticas del contrato.

<sup>21</sup> Concepto que deviene a su vez de la categoría de la “*contratación forzosa*” o *Kontrahierungszwang* (Larenz/Wolf, 1997) y que se constituye como una de las excepciones de la *Abschlussfreiheit* (ibíd. 13) o libertad de cierre.

al proveedor de la respectiva prestación, de si quiere contratar y con quien desea hacerlo<sup>22</sup>” (Boecken, 2012, 163) como por ejemplo el de servicio postal, el de servicio de agua o de electricidad o el de transporte publico etc.)

Con el advenimiento de los grandes acontecimientos históricos acaecidos durante la primera mitad del siglo XX en Europa<sup>23</sup>, la validez que ofrecía la actual teoría del negocio jurídico se vio fuertemente amenazada, por cuanto las condiciones sociales y económicas de la época no brindaban la seguridad necesaria que los contratantes presuponían o requerían al momento del inicio de la relación jurídica. Aspectos como la guerra, la inflación, la expropiación, la inestabilidad de las estructuras administrativas, relegaron la teoría de la *autonomía de la voluntad* a un segundo plano. Todo lo anterior fue motivación suficiente para que el doctrinante Karl Larenz (1903-1933) engendrara la base del negocio jurídico en el cumplimiento de los contratos. Por ser este tema de gran relevancia para lo que hoy en día se entiende como *negocio jurídico*, a continuación me permito desarrollar un apartado exclusivo al desarrollo de la teoría de Larenz.

#### 1.1.2.4. Cambio doctrinal frente a la seguridad del negocio jurídico-nacimiento de la teoría de la imprevisión-.

---

<sup>22</sup> Traducido del original: “wo der Einzelne auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Gütern und Diensten angewiesen ist und es deshalb nicht dem freien Belieben des Anbieters entsprechender Leistungen überlassen bleiben soll, selbst zu entscheiden, ob und mit wem er einen Vertrag schließt”(Boecken, 2012, 163).

<sup>23</sup> Entre los que se destaca resaltar el asesinato del Archiduque Franz Ferdinand (1914), la primera guerra mundial (1914-1918), la revolución de octubre en Rusia (1917), la firma del tratado de Versalles (1919) la gran depresión (1929), y en especial la segunda guerra mundial (1939).

Doctrinantes como Winscheid, Kaufmann, Krückmann, Locher o Larenz, han apoyado el crecimiento jurisprudencial de los tribunales alemanes.

Para nadie es un secreto que el siglo XX fue un lapso cronológico muy agitado para las distintas culturas Europeas. El simple hecho de no poder prever que en tan solo 20 años podrían ocurrir dos guerras mundiales, que la organización política de los Estados cambiaria frecuentemente, y que las crisis económicas estarían a la orden del día, hicieron que los juristas se dieran en la labor de pensar en las condiciones o sustentos que puede y debe tener un contrato para que el mismo sea efectiva y libremente cumplido, tal y como las partes lo pactaron y lo pensaron.

Existe por lo tanto un concepto muy discutido realizado tribunal del Reich sobre el negocio jurídico a mediados del siglo pasado:

La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial<sup>24</sup>.

Esta noción me ha parecido muy útil para empezar con este apartado doctrinal, ya que de aquí muchos pensantes del derecho desarrollaron sus respectivas teorías.

Una de las críticas más aceptadas que se le hicieron a lo anteriormente reseñado, fue que la simple representación o expectativa de ciertas circunstancias (económicas) no puede ser suficiente para que se configure la pérdida de la base negocial. Al respecto surge otra postura

---

<sup>24</sup> Larenz, Karl, trad, 1956. P. 23.

más aceptada, que dice que la base del negocio son: “las circunstancias fundamentales, las cuales, sin haber llegado a formar parte del contrato, han sido hechas base del negocio jurídico, bien por ambos contratantes, bien por uno solo, sabiéndolo el otro y no rechazándolo.”<sup>25</sup>

De aquí en adelante expondré en puntos conceptuales las principales teorías sobre el tema en mención

- OERTMANN: El tribunal del Reich ha estado constantemente de acuerdo con su teoría que sostiene que la simple representación mental de una de las partes puede bastar para la configuración de la base negocial, en tal caso en que la contraparte haya sabido de esto y no lo hubiere rechazado (aplicado esto a los casos de contratos de arrendamiento). Al respecto existen dos críticas que se le hacen a la mencionada hipótesis, tanto por su extensión como por su limitación. En el primer momento, la gran extensión de la teoría hace que puedan existir demasiadas permisibilidades como por ejemplo en caso de la repartición del riesgo, es decir las partes deben pues soportar la eventual frustración que a una de ellas le puede acontecer. Y por otro lado, la teoría solamente abarca lo que las partes se han representado, sin tener en cuenta la finalidad esencial de la relación contractual.

- Clausula rebus sic stantibus:

En su acepción más general, mantiene esta doctrina que la subsistencia de una relación contractual depende, según su sentido, de la persistencia de las circunstancias existentes al concluir el contrato que eran debidamente propuestas

y cuya valoración no era previsible para las partes contratantes (Larenz, trad, 1956 P. 27)

Desarrollada en la época medieval de los Glosadores, atiende más que todo al fin principal del contrato. Aun cuando perdió aplicabilidad a fines del siglo XVIII fue retomada luego de la primera guerra mundial por Erich Kaufmann, quien le dio mayor prelación a “la voluntad eficaz” (busca la finalidad esencial del contrato que deduce el sentido del mismo) sobre la “voluntad empírica” de las partes.

- LOCHER: No toma en cuenta las representaciones de las partes sino las circunstancias necesarias para alcanzar la finalidad del negocio jurídico. Así pues, puede entonces no haber base negocial en tanto existan condiciones que impidan lo que las partes buscaban con la consecución del dicho negocio. Más si previeron dichas circunstancias, no puede entonces imputarse la pérdida del fin contractual.
- Concepto jurisprudencial del Tribunal supremo de Colonia para la Zona Británica: Un gran acierto tuvo este tribunal, al entender que aun cuando cada teoría (de las anteriormente mencionadas) podía tener elementos jurídicamente correctos, no podía adoptarse una como única y verdadera. Quiere esto decir que cada una de ellas debe ser incluyentes, entendiendo que ninguna predomina sobre la otra sino que todas pueden concurrir, tomando elementos de una y de otra. Así fue como dicho tribunal llegó a la conclusión de tener en cuenta por separado las circunstancias de cada caso en concreto

interpretándolo bajo **la buena fe** (concepto que hoy día reproduce fielmente el BGB en su § 157 –Auslegung von Verträge<sup>26</sup> ).

Según la doctrina de Karl Larenz la base del negocio jurídico, en cuanto a su concepto se integra de dos elementos:

- Base del negocio jurídico Subjetiva: es “la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. (Larenz, trad, 1956)”
- Base del negocio jurídico Objetiva: es:

El conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato-sépanlo o no los contratantes-, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto” (Larenz, trad, 1956).

### *1.1.3. La conquista al sistema legal de “las Américas”-Colombia-*

Habiendo estudiado los antecedentes históricos del nacimiento del negocio jurídico en Europa occidental (con énfasis en Alemania), me ocupo con lo ocurrido en nuestro país desde la Colonia hasta nuestros días. De ahí resulta preciso advertir que la parte histórica que a

---

<sup>26</sup> „§ 157 **Auslegung von Verträge:** Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. (Los contratos deben ser interpretados como se requiere con lealtad y confianza (buena fe) teniendo en cuenta la costumbre general.)

continuación desarrollo, tratará básicamente el bosquejo y elaboración de la Codificación de Andrés Bello (1781-1865).

El recuento abarca el periodo comprendido a partir de la conquista española al territorio colombiano hasta nuestros días. En razón a la importancia que tiene la Codificación hecha por Andrés Bello, he decidido dividir este tema en dos partes a saber: la legislación civil antes, y después de trabajo del letrista venezolano.

#### *1.1.3.1. "La génesis" española dentro del sistema legal colombiano-*

*Grosso modo* y a manera de recuento se puede decir que el descubrimiento de América trajo consigo una legislación foránea para nuestros antepasados: la legislación de Indias. Esta comprendía un sin número de leyes, las cuales se aplicaban en forma parcial y territorial, dependiendo de la situación social y económica de la colonia; en otras palabras habían tantas leyes, como colonias o comunidades existían. Hacia el año 1680, y con el ánimo de acabar con el aglutinamiento legal, se reunieron todos los cuerpos normativos en la Recopilación de leyes de los reinos de Indias. En 1825 se dictaron las fuentes del derecho que deberían regir dentro de nuestro territorio:

1º) Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo; 2º) las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República; 3º) las leyes de la Recopilación de Indias; 4º) las de la nueva Recopilación de Castilla; y 5º) las de las Siete Partidas (Ley 1º de 1825. Ley de Procedimiento Civil. 13 de mayo de 1825. )

Es necesario recordar que la legislación española proviene a su vez de la mixtura entre el derecho germánico y el romano. Como más adelante veremos, el trabajo de Andrés Bello también debió haber tenido en cuenta al derecho español, puesto que, por antonomasia, su codificación fue influenciada por la escuela pandectística.

A pesar que en 1822 Francisco de Paula Santander intentó generar una codificación basada en gran medida del derecho francés, fue hasta el periodo en que rigió la constitución de orden federal de los Estados Unidos de Colombia, cuando cada uno de los Estados de forma paulatina acogieron el Código Civil de Chile aprobado en 1955. Durante el periodo del presidente Murillo Toro se expidió el Código Civil de la Unión, el cual era prácticamente el mismo que inicialmente había adoptado el Estado de Santander (esto es, el mismo Código Civil chileno antes nombrado). La vigencia de dicho Código fue reafirmada por medio de la ley 57 del año 1887 dentro del régimen centralista de la Constitución de 1873.

#### *1.1.3.2. El Código Civil de Bello.*

Antes que nada, quiero dejar de presente mi posición personal en el sentido de desmentir a todos aquellos autores que se atreven a aseverar que El Código Civil de Andrés Bello proviene exclusivamente de la doctrina Francesa, y especialmente del llamado Código Napoleón de 1804 (o *Code Civil*). Dentro de mi criterio, considero que la influencia que tuvo el letrista Bello proviene de varias latitudes derivadas todas del derecho Mediterráneo u Occidental, el cual se engendró básicamente de la civilización Helena y Romana. Si bien es cierto que el *Code Civil* francés estuvo presente en la Codificación Chilena, Bello también consideró en gran medida el

Código prusiano, el austriaco, el holandés y el Sardo, todos ellos provenientes a su vez de la cultura pandectística especialmente la dictada por Savigny.

El trabajo de codificación de Bello tuvo su primer bosquejo en la recopilación denominada *instituciones* del año 1843, que fue objeto de consideración para la “*Comisión de legislación del Congreso Nacional*” de Chile; sin embargo, dicha comisión no llegó a buen término por cuanto se disolvió sin haber cometido su empresa. Empero, Andrés Bello continuo, de suyo propio, el perfeccionamiento de sus *instituciones*, dicha obra fue la acogida por el Congreso Chileno para aprobar su Código Civil. Este último trabajo fue acogido en 1855 por medio de una ley nacional de Chile (precisamente este fue el código que tomó Colombia).

#### 1.1.3.2.1. Corrientes del derecho que influenciaron nuestro Código Civil en la parte de los negocios jurídicos

Es de anotar que su proyecto de 1843, en cuanto a su estructuración, mantuvo gran similitud con el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*<sup>27</sup> (CMBC). En efecto, las *Instituciones* se ocupaban del negocio jurídico en su capítulo *Res, Hereditas y Obligationes*; en contraste el CMBC hacía lo propio dentro de su parte segunda “*Das Sachen-Recht*” (Bienes), tercera “*das Erbrecht*” (Sucesiones) y cuarta “*Das Obligationen-Recht*” (el derecho de obligaciones). Por

---

<sup>27</sup> También denominado como Código civil bávaro de Maximiliano (“*Maximilians Bayerisches Zivilgesetzbuch*”) fue la Codificación del Reino de Baviera del año 1756 el cual fue aplicado en dicho territorio hasta la entrada en vigencia del BGB el primero de enero de 1900.

lo anterior considero que el primer bosquejo de Bello se acompañó doctrinariamente de la estructuración del CMBC, el cual fue influencia directa del actual BGB alemán.

A partir de las generalidades anteriormente nombradas, me adentró en el estudio de la formación del título 2° del libro IV del Código Civil, correspondiente a la parte general de los actos y declaraciones de voluntad, apartado que contiene el tema del negocio jurídico. Empiezo resaltando la gran similitud que detenta la denominación proporcionada por Bello al libro IV (“de las obligaciones en general”) frente a la terminología Alemana “*Allgemeiner Teil*”, la cual fue usada primeramente por la doctrina<sup>28</sup> y posteriormente apadrinada por el propio BGB en su libro primero.

El Código Civil Chileno, en cuanto a “*los actos y las declaraciones de voluntad*”, tomó conjuntamente lo regulado por el *Code Civil* el BGB y el derecho Castellano, sin embargo considero que el compendio suramericano se aproximó más a la pandectística germana de Savigny, tal y como a continuación se mostrará.

La composición del Código Civil Chileno frente a los actos y las declaraciones de voluntad, se deja influenciar tanto del derecho Español como del francés, de cuyas legislaciones acoge la sistemática y algo del contenido que tales legislaciones profesaban; por otro lado del derecho Alemán tomó la terminología relacionada con la convención y contrato:

El CCCh. (haciendo referencia al Código Civil Chileno), habiendo acogido la terminología savignyana de actos y declaraciones de voluntad, mantuvo, como se dijo, el mismo material que el CCFr. (haciendo mención al Código Civil Francés) y el

---

<sup>28</sup> Precisamente la enseñanza del derecho civil en Alemania parte de la materia denominada como “*Vertragsrecht*” (que se divide en 1 y 2), la cual estudia entre otros la declaración de la voluntad y la formación del negocio jurídico, todo lo anterior se configura bajo el título de “*Allgemeiner Teil*”

comentario de Delvincourt dedican a la parte general de las convenciones obligacionales o contratos, a saber, meramente sus elementos: consentimiento (y sus vicios, más la lesión y las estipulaciones que afectan a terceros), capacidad objeto y causa, que el CCCh. refirió a los actos y declaraciones de voluntad. Los demás temas que constituyen la parte general alemana (personas, cosas, medición del tiempo, prescripción, cauciones; y, dentro del tema relativo a las declaraciones de voluntad: nulidad, interpretación, modalidades) no tienen en el CCFr. Una sede sistemática común y general (texto en paréntesis que aclara las abreviaturas añadido) (Brito, 2009,222).

La tesis tripartita de las legislaciones europeas que influenciaron a Bello, también encuentra apoyo en el doctrinante Valencia Zea en su obra de 2002 (pág. 35):

¿De cuál de estas tendencias romanísticas se derivó el Código Civil de Bello? En forma exclusiva de ninguna de ellas (haciendo relación al derecho Español, Alemán y Francés), pues en grado acentuado BELLO se inspiró en las tres. Y aún fue más lejos al consultar directamente las fuentes romanas, o sea, el *Corpus Juris* de Justiniano. (Texto en Paréntesis agregado).

El hecho de que Bello permitiese el influjo de estos tres países de forma conjunta para la elaboración de la parte de los negocios jurídicos, hizo que se su codificación, dentro del tema a tratar, se volviera difusa e incompleta. Prueba de ello es la incertidumbre que hoy en día persiste sobre el valor jurídico y vicisitudes de la declaración de la voluntad en la formación del negocio jurídico. Como bien se sabe, nuestra legislación no es unívoca sobre los eventos en los cuales el *Rechtsgeschäft* tiene validez, y ni siquiera sobre cuando ésta ha nacido al mundo jurídico.

El error de Bello en comento proviene en que, a pesar de que trató de acogerse -en materia- a la pandectística alemana (como se vio más arriba, la clasificación y orden del capítulo de los actos y declaraciones de voluntad mantiene gran similitud a la del CMBC y del BGB), -en forma- se denotó la influencia del derecho francés. Precisamente, el *Code Civil*, dentro de la regulación de la convención y del contrato, se limitó a enunciar sin más los elementos del negocio jurídico: consentimiento, capacidad objeto y causa<sup>29</sup>. Sin embargo, recuerdo que (tal y como se revisó en el numeral 1.1.2. de este documento) la declaración de la voluntad (concepto que en esencia encierra los anteriores cuatro elementos, también presentes en nuestro artículo 1502 del CC) fue objeto de un gran desarrollo histórico a partir de la formulación de la promesa de Grotius (en conjunto con la teoría de la *autonomía de la voluntad*). Esto hizo que el derecho alemán revisará los requisitos necesarios para expresar o exteriorizar de forma válida la voluntad indispensable en el negocio jurídico. Encuentro la legislación alemana tan completa, que incluso tuvo la capacidad de juzgar situaciones tan complejas como las que se presentan en “la pérdida de la base negocial”<sup>30</sup>, tópicos que la legislación francesa y española no tocaron.

---

<sup>29</sup> Al respecto recomiendo revisar el capítulo segundo del título tercero del libro número tres del Código Civil Francés.

<sup>30</sup> Véase el numeral 1.1.2.4. de este documento.

## 2. CONCEPTO Y NATURALEZA.

Empiezo aclarando que no me atrevo a titular este apartado como “Teoría general del negocio jurídico”. Toda vez que mi labor aquí se ciñe a relatar las principales nociones terminológicas que tiene el negocio jurídico en las dos legislaciones objeto de estudio, así como sus principales rasgos o características. La extensión conceptual de la “Teoría General del negocio jurídico” hace alusión a muchos otros tópicos<sup>31</sup> que no voy a abordar.

Advierto al lector que de aquí en adelante, abordaré cada uno de los temas dividiéndolos entre Colombia y Alemania. De esta forma podré ubicar las principales similitudes y diferencias existentes entre ambas latitudes para el tema que nos compete. Para el presente capítulo he decidido seguir las enseñanzas del filósofo de la antigua Grecia Aristóteles, quien dentro de su escolástica indicaba que para lograr una definición de un ente se requería primero acudir al género próximo y luego delimitarlo con su diferencia específica. En punto del negocio jurídico, puedo decir que pertenece a la categoría de los hechos jurídicos voluntarios (o más precisamente a los actos jurídicos lícitos como más adelante se verá), en virtud del cual y por medio de la

---

<sup>31</sup> Como por ejemplo, y para no ir tan lejos, se tiene la clasificación general que tienen los negocios jurídicos de conformidad con el espacio o las condiciones en que estos se desarrollen.

conurrencia de una o más declaraciones de voluntad se logra la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, o más precisamente, de obligaciones.

## 2.1. Ubicación.

El negocio jurídico se ubica dentro del conjunto de todas aquellas actuaciones propias de la conducta humana, las cuales adquieren relevancia para el mundo jurídico, a lo anterior se le suele denominar como hechos jurídicos. Es preciso referir que a esta categoría conceptual se encuentra adscrita al *Rechtsgeschäft*.

En efecto “Los hechos jurídicos se clasifican en dos categorías: hechos jurídicos voluntarios, es decir imputables a la voluntad del sujeto y hechos jurídicos involuntarios, o sea, imputables al sujeto de derecho, sin tener en cuenta la intervención de su voluntad” (Zea, 1984, 385-386). Valga decir que hasta este punto es donde la doctrina ha logrado mantener un consenso; a partir de la división de los hechos jurídicos, se tienen diversas corrientes ideológicas, algunas distantes de las otras. Para el caso de Colombia, el Código de Andrés Bello (tal y como se estudió en el capítulo anterior) tuvo influencia directa del derecho continental, y en especial de las legislaciones francesa y alemana.

Precisamente, a pesar de que estos dos países coinciden en que el negocio jurídico subyace como una clasificación de los hechos jurídicos, los mismos dan una connotación distinta a la *Rechtsgeschäft*.

### 2.1.1. Ubicación del negocio jurídico en Alemania.

Opté por tratar la doctrina germana con antelación a la colombiana puesto que esta última coincide en algunos elementos de aquella para formar su juicio acerca de la ubicación del negocio jurídico. Para los alemanes, el hecho jurídico voluntario, que equivale a la expresión de “*acto jurídico*” (*juristische Handlung*<sup>32</sup> en alemán) es un hecho jurídico voluntario. Estos pueden a su vez ser lícitos o ilícitos. Los primeros inmiscuyen una declaración de voluntad conforme al derecho, mientras que los segundos se refieren a una declaración de voluntad contraria a la ley. Es a los primeros, esto es a los lícitos, a los que se les denomina como negocios jurídicos.<sup>33</sup>

### 2.1.2. Ubicación del negocio jurídico en Colombia- Connotación francesa-

En este punto recomiendo al lector tener presente lo estudiado en la tercera parte del capítulo histórico de este trabajo (las fuentes que Andrés Bello consideró para la redacción del Código Civil), lo anterior en razón a que, nuestra legislación mezcló las enseñanzas del Derecho Alemán con el Francés. Precisamente, el *Code Civil* únicamente emplea el término “acto jurídico” (que traducido al francés es *acte juridique*) para hacer alusión al *Rechtsgeschäft*. Así

---

<sup>32</sup> Al respecto véase el tomo I de la obra de ENNECCERUS de 1959.

<sup>33</sup> Los criterios de ubicación conceptual del negocio jurídico alemán fueron acogidos por Austria, e incluso Italia.

pues, nuestro Código Civil hace referencia no solo al acto jurídico<sup>34</sup> sino también al negocio<sup>35</sup> (Zea y Monsalve, 2002, 450). Esta mixtura no debe ser entendida como un acierto de nuestro legislador, la mera imprecisión terminológica aquí presentada deja ver la falta de claridad en los conceptos que se usan para designar al negocio jurídico. Como advertí más arriba, un acto jurídico es todo hecho jurídico realizado de forma voluntaria; *contrariu sensu* el *Rechtsgeschäft*, si bien hace parte de los actos jurídicos, solo inmiscuye tratativas lícitas o conforme a la ley, esto significa que los actos jurídicos ilícitos no pueden ser entendidos como una clase de negocios jurídicos, puesto que ambos conceptos son excluyentes.

La crítica que hago al mal uso de términos del legislador nacional, encuentra sustento en la doctrinaria mayoritaria<sup>36</sup>, así como también en la ley alemana, suiza, austriaca, española e italiana. Por todo lo anterior, y en razón a que este trabajo trata con intensidad la doctrina germana, adopto la distinción entre hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico.

## 2.2. Definición Conceptual

A continuación referenciaré las definiciones más destacadas que los doctrinantes tanto alemanes como colombianos le otorgan al negocio jurídico. A partir de allí podré entrar al estudio de los principales elementos o rasgos que componen el *Rechtsgeschäft*.

---

<sup>34</sup> Tal y como ocurre en el artículo 1502 del C.C.

<sup>35</sup> Artículos 2142, 2145, 2146 entre otros del C.C.

<sup>36</sup> Los autores que a continuación menciono, y que se referencian en la bibliografía, se ciñen a la categorización del *Rechtsgeschäft* alemana: Valencia Zea, Ortiz Monsalve, Ludwig Enneccerus, Astrid Stadler, Bernd Rüthers, Winfried Boecken, entre otros.

### 2.2.1. En Colombia.

Antes que nada advierto que en el país (a raíz de la inapropiada clasificación conceptual dada por la ley al negocio jurídico), es normal que autores denominen al *Rechtsgeschäft* indistintamente como negocio jurídico o acto jurídico, cuando (y como explique anteriormente) los dos términos son excluyentes entre sí.

Álvaro Ortiz Monsalve se refiere al negocio jurídico y lo define en su obra de 2010 como “(...) la manifestación de una o más voluntades encaminadas reflexiva y directamente a construir, modificar o extinguir una relación jurídica, que el ordenamiento jurídico reconoce como eficaces para producir los efectos queridos. Pueden patrimoniales o de familia.” (p. 35).

A su vez, Arturo Valencia Zea también acoge el termino de negocio jurídico. En el tomo I de su obra de 2002 toma la definición dada por Planck-Strohal: “Por tal (haciendo alusión al *Rechtsgeschäft*) se entiende *aquel hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad de los particulares que, por si o unidos con otros requisitos, persiguen un determinado efecto jurídico.*” (p. 452 texto en paréntesis fuera del original).

A pesar de que Jorge Cubides Camacho en su libro del año 1999 ajusta erróneamente el *Rechtsgeschäft* como un acto jurídico, creo que los elementos dados en su definición se encuentran acordes a lo estipulado al respecto por la doctrina mayoritaria:

“El ACTO jurídico es toda manifestación de la voluntad intencionalmente dirigida a la producción de efectos de derecho. Estos efectos de derecho, a su turno, consisten en la

creación, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas, las cuales, para nuestro estudio son precisamente obligaciones.” y más adelante continua: “Puede entonces decirse que, como fuente, el acto jurídico es toda manifestación de la voluntad intencionalmente dirigida a producir obligaciones.” (p 163).

De las anteriores definiciones se pueden concluir en un primer momento dos cosas. Primero, que todas ellas mantienen una coherencia lógica semejante, es de observar que todas adoptan los mismos elementos estructurales. Segundo, y como se estudiara a renglón seguido, la noción de negocio jurídico se hace bastante similar a la que se adopta en Alemania.

### *2.2.2. En Alemania.*

Antes de mostrar los conceptos que he escogido para mi trabajo, creo conveniente resaltar que en Alemania, a pesar de que sus definiciones adquieren una estructura lógico-semántica distinta a la usada en Colombia, conservan los mismos elementos fundamentales que integran al negocio jurídico.

El Catedrático Winfried Boecken en su libro del año 2012 lo define como:

Supuesto de hecho que va encaminado hacia la creación de una consecuencia jurídica reconocida por la ley, del cual su elemento fundamental consiste en la concurrencia de

una o más declaraciones de voluntad. El mismo puede tener o no algunos requisitos adicionales (p 105)<sup>37</sup>.

Hans-Peter Richter en el tomo I de sus colecciones denominadas como “RICHTER-Skripten” del año 2010, también usa el término “Supuesto de hecho” empleado en la anterior definición por Boecken: “Supuesto de hecho, el cual se compone de al menos una declaración de voluntad así como también de otros elementos adicionales, y que se vincula con el nacimiento al mundo jurídico de una consecuencia jurídica querida<sup>38</sup>.” (Richter, 2010, 17)

Bajo ese mismo orden de ideas, he optado por traer a colación la definición proporcionada por el “1. Entwurf des BGB” (1er proyecto del BGB)<sup>39</sup>, por cuanto, a pesar de para la época ya era demasiado novedoso hablar de negocio jurídico<sup>40</sup>, ofrece una definición muy concisa del termino objeto de estudio: “Negocio jurídico, en sentido de este proyecto, es una declaración privada de la voluntad, enfocada a la creación de una consecuencia jurídica, la cual, de conformidad con el orden jurídico, nace al mundo, puesto que esta así fue deseada.<sup>41</sup>” (Extraído del texto de Rüthers y Stadler del año 2011, p. 115).

---

<sup>37</sup> Traducido del original: „Tatbestand, der auf die Herbeiführung eines von Gesetz anerkannten Rechtserfolgs gerichtet ist, dessen wesentliche Einheit eine oder mehrere Willenserklärungen sind, mit oder ohne weitere Erfordernisse“(Boecken, 2012, p 105).

<sup>38</sup> Traducido del original: „Einen Tatbestand, der aus mindestens einer Willenserklärung sowie oft weiteren Elementen besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolgs knüpft“ (Richter, 2010, 17)

<sup>39</sup> Tal y como su nombre lo indica el “1. Entwurf des BGB” fue el primer bosquejo que se realizó en 1888 previo a la redacción del Código Civil Alemán. Este proyecto surgió a solicitud del parlamento y de la Cámara Alta de Representantes del Imperio Alemán. Para el año 1874 se convocó a una comisión conformada por 9 Jueces y funcionarios del Estado, y dos doctrinantes, uno de ellos era el profesor Bernhard Windscheid. Dicho trabajo se vio fuertemente influenciado por los principios generales de derecho así como de la doctrina de Savigny. Asimismo fue objeto de fuertes críticas por cuanto su contenido no se adaptaba al contexto social de la época, y su redacción no era fácilmente entendible.

<sup>40</sup> Recomiendo al lector la remisión al apartado *Nacimiento del concepto “negocio jurídico” –Recuento histórico en Alemania-* “del primer capítulo de este trabajo.

<sup>41</sup> Traducido del original: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“(Extraído del texto de Rüthers y Stadler del año 2011, p. 115).

### 2.3. Elementos Del Negocio Jurídico.

A pesar de que como se vio anteriormente, las nociones terminológicas que se tienen tanto en Alemania como en Colombia acerca del negocio jurídico poseen varias semejanzas, cada país refiere elementos integradores muy distintos. Puedo adelantar que, entre los dos países, solo hay consenso en considerar a la declaración de voluntad como requisito indispensable para la formación del negocio jurídico. Mientras que los alemanes emplean una clasificación entendible y precisa para denotar cuándo se tiene un negocio jurídico, en nuestro país existe una connotada disyuntiva frente este punto: Como bien se sabe, no hay siquiera unanimidad en saber cuáles tienen que ser los requisitos por los cuales un negocio jurídico nace a la vida. Inclusive, aún hay discusión frente si en realidad es acertado calificar al *Rechtsgeschäft* como “inexistente”<sup>42</sup>. Ya que mi objetivo no es ahondar en tan profunda e “inútil” discusión, únicamente consideraré los que la mayoría doctrinaria llaman como de esencia o fundamentales. Dejo de presente que el tercer capítulo de este estudio tratará las principales “vicisitudes” que surgen del negocio jurídico, allí podré tratar los diversos estados en los que el *Rechtsgeschäft* se ubica.

---

<sup>42</sup> La cuestión de si en realidad un negocio puede ser o no inexistente deviene propiamente de nuestra legislación civil y comercial, la primera no hace remisión expresa al respecto; por su parte el Código de Comercio (art. 898) en su inciso segundo refiere que el negocio jurídico inexistente es aquel que se haya celebrado sin las solemnidades formales para su formación. Esta dualidad también se hace presente en nuestra doctrina. Al respecto mientras que Valencia Zea en el tomo I de su obra de 1987 (p. 403) habla de *negocio jurídico inexistente*. Ramírez Baquero en el libro de su autoría del año 2008 (p. 25) los concibe bajo la denominación de “*estados o situaciones de inexistencia*”.

### 2.3.1. En Alemania.

Debo aclarar que los elementos que trata la doctrina alemana surgen, en un primer momento de las definiciones más destacadas que se tienen sobre el negocio jurídico<sup>43</sup>, y en seguida, de su jurisprudencia, especialmente la emanada del Tribunal Federal Supremo para asuntos civiles (que en alemán es *Bundesgerichtshof in Zivilsachen –BGHZ-*).

Supuesto de hecho de la conducta. Este elemento hace alusión a toda conducta propia del ser humano (como sujeto de derechos), en virtud de la cual se puede crear un supuesto de hecho. Al igual que en nuestro país, se entiende que el supuesto de hecho es uno de los elementos que componen la ley (el otro es la consecuencia jurídica), y que configura una premisa. Así pues, la conducta del ser humano debe estar encuadrada dentro de la ley como generadora del mencionado supuesto de hecho, si aquella no lo está, entonces se entiende que no hay un vínculo legal (o relación obligatoria), el cual es a su vez una consecuencia directa de todo negocio jurídico. Por ejemplo el inciso segundo del párrafo 620 del BGB (“Cuando la duración del contrato de trabajo no haya sido pactada ni en razón de la naturaleza del pacto, ni tampoco del tipo de obra a realizar, cualquiera de las partes podrá renunciar de conformidad con los §§ 621 al 623”<sup>44</sup>) dispone que una conducta (es decir la renuncia) genera un supuesto de hecho (que sería la terminación de la relación laboral), allí se tiene un ejemplo de negocio jurídico.

---

<sup>43</sup> Al respecto recomiendo al lector tener presente la que he referenciado, acerca del primer proyecto del BGB.

<sup>44</sup> Traducido del original “(2) Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Teil das Dienstverhältnis nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 kündigen. “

Este primer elemento del negocio jurídico deja ver, que varios comportamientos o conductas ejecutadas a manera de servicio o como un acto de amabilidad (como por ejemplo invitaciones a comer, cuidar los objetos de otras personas mientras que aquellas hacen otras cosas, entre otros) no generan un vínculo legal o relación obligatoria, y por ende no hacen parte integrante del concepto de negocio jurídico.<sup>45</sup>

*Declaración de voluntad:* Tal y como revisé en el primer capítulo de esta obra. A partir del crecimiento del comercio en las principales ciudades europeas en el siglo XIX y de las revoluciones liberales, se empezó a engendrar un concepto de la autonomía de la voluntad como principal carácter del *Rechtsgeschäft*. La autonomía de la voluntad fue tan importante para la sociedad de aquella época que me atreví a calificarla como “*Dinastía*”. Ahora bien, a pesar de que hoy en día dicho concepto ya no tiene tanta relevancia como antaño para el tema que nos compete, aún sigue siendo esencial para la configuración del negocio jurídico. Por lo anterior, he decidido realizar un apartado exclusivo para el mero estudio de la voluntad. En este orden de ideas, aquí solo me limitaré a referir el alcance práctico que ésta tiene en la composición del *Rechtsgeschäft*.

Como mencione anteriormente, la declaración de la voluntad se constituye como el elemento de mayor importancia; la concurrencia de la misma para engendrar consecuencias jurídicas deja ver dos clases de negocios jurídicos en razón a la voluntad misma: unilaterales y plurilaterales. Al igual que como se estudia en nuestro país, mientras que los primeros solo

---

<sup>45</sup> La jurisprudencia alemana ha sido reiterativa en excluir tales comportamientos como configurativos de algún supuesto de hecho. Al respecto recomiendo ver la decisión judicial BGHZ 97, 372 y siguientes, en donde el BGH dispone que el hecho de que una mujer le haya mentado a su pareja afirmándole que usaba métodos anticonceptivos cuando no era así, no genera una obligación de ella con aquel. Lo anterior en el sentido de que el hombre solicitaba la indemnización de perjuicios pues a raíz de las relaciones sexuales, tuvieron un hijo no planeado.

requieren la concurrencia de la voluntad de una sola persona para generar efectos jurídicos<sup>46</sup>, la segunda necesita de por lo menos dos declaraciones de voluntad emanadas de personas distintas para hacer lo mismo.

Consecuencia jurídica: Al igual que nuestro país, es el efecto que la ley le otorga a la consecución de determinado supuesto de hecho. Sin embargo recuerdo que para nosotros ni el supuesto, ni la consecuencia hacen parte directa del negocio jurídico. Los alemanes hablan de una estructura condicional, en donde sin supuesto de hecho, no puede haber consecuencia jurídica y viceversa. Por ejemplo el § 929 del BGB (Acuerdo y entrega<sup>47</sup>) dispone que para que exista tradición de bienes muebles (que sería la consecuencia jurídica) se requiere (i) el acuerdo de por lo menos dos declaraciones de voluntad unánimes; (ii) la entrega y; (iii) la facultad legal de hacerlo (esas tres condiciones serían el supuesto de hecho).

Requisitos adicionales: Además de los tres elementos que acabamos de estudiar, el negocio jurídico, en algunas ocasiones, necesita de otros supuestos adicionales para poder engendrar el susodicho vínculo legal. A cota de ejemplo, traigo dos situaciones particulares: (i) Volviendo al § 929 del BGB, que en mencione arriba, para la tradición de bienes muebles no basta que tanto el tradente como el adquirente hayan consentido en la transferencia del ente, adicionalmente se precisa de la entrega física del mismo. (ii) En punto de la transferencia de dominio de los bienes inmuebles (§ 873 inc. 1 BGB) los contratantes necesitan, además del

---

<sup>46</sup> Frente a esta clase de negocio jurídico, existen varios ejemplos que también son de aplicación en Colombia (el testamento –art. 1055 C.C.; § 2064 BGB etc.), creo conveniente resaltar una clase de *Rechtsgeschäft* unilateral que no tenemos en nuestro país: la impugnación del negocio jurídico § 142 y siguientes del BGB (en alemán *Anfechtung*), por medio del cual una sola persona puede declarar la nulidad del negocio. Por ser éste tan particular, tendrá un apartado exclusivo en este trabajo.

<sup>47</sup> Que en alemán sería *Einigung und Übergabe*: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.“

acuerdo, que la transferencia sea inscrita en el registro de propiedad correspondiente (elemento análogo a lo que aquí se conoce como el certificado de tradición y libertad (art. 756 C.C.)

### 2.3.2. En Colombia

Antes que nada dejo de presente que aquí no voy a dirimir la discusión que existe en el país sobre los elementos (bien sea de existencia, validez, oponibilidad, ineficacia liminar etc.) esenciales y/o particulares del negocio jurídico. He dejado este tema para el capítulo tercero de este trabajo, en el cual me encargaré de estudiar los efectos y vicisitudes del *Rechtsgeschäft*. Lo propio a realizar aquí, es mirar (tal y como lo desarrolle con Alemania) los principales elementos que componen la definición del negocio jurídico.

*Declaración de la voluntad:* En este punto la doctrina nacional ha sido fiel seguidora del desarrollo histórico que tuvo la declaración de voluntad en la germinación de las primeras ciudades modernas de Europa occidental<sup>48</sup>. Precisamente, al igual que en Europa, aún hay discusión sobre el poder de la declaración de voluntad para la configuración de los negocios jurídicos. Unos dicen que la autonomía de la voluntad es lo suficientemente fuerte como para crear leyes entre las partes (hipótesis de la autonomía de la voluntad de la cual es partidario Savigny). Otros aseveran que la voluntad por sí misma no puede ser soberana pues la misma debe estar legitimada por la ley (teoría de la autonomía de la voluntad, cuyos principales exponentes son Günter Haupt e incluso Karl Larenz) Tanto en Colombia como en Alemania, se

---

<sup>48</sup> Sobre esto recomiendo la remisión al capítulo I de mi trabajo, en donde comento el papel de la voluntad como producto de los ideales laboristas y mercantilistas del siglo XVIII

ha acogido la segunda hipótesis. Es por lo anterior que la declaración de la voluntad en nuestro país se colige como “la exteriorización de un querer para provocar un efecto jurídico, que puede ser la constitución, la extinción o la modificación de una relación jurídica” (Monsalve, 2010, 39).

A pesar de que en nuestro país predomina el pensamiento, según el cual la voluntad es el elemento más importante y por lo tanto el núcleo mismo del negocio jurídico, creo conveniente hacer un reparo a dicha premisa, toda vez que, y de conformidad con el doctrinante Luigi Ferry (1826-1895), si bien la voluntad es importante para la formación del *Rechtsgeschäft*, lo cierto es que no es tal su relevancia para que la misma se engendre. Es perfectamente corroborarle que un negocio jurídico puede nacer sin la concurrencia de esa voluntad (evento en el cual estaríamos en los casos de la nulidad, la cual puede ser saneable; o también en los que la doctrina alemana llama como *Daseinvorsorge*<sup>49</sup>). Por lo anterior manifiesto que el recuento histórico que ha tenido el desarrollo de la declaración de la voluntad da cuenta de que la misma ya no es tan importante como antaño para la consecución del negocio jurídico. A pesar de que es muy importante, hoy en día ya no es indispensable por las razones que acabo de mencionar.

Capacidad: Aquí traigo a colación la definición proporcionada por Valencia Zea en el tomo I de su obra del año 1987: “El término “capacidad” (de *capacitas*), en su más amplia acepción indica *aptitud* para ser sujeto de derechos, por una parte, y *aptitud* para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos.” (p. 417).

---

<sup>49</sup>

Este término lo he definido con detenimiento en el primer capítulo de este trabajo

Objeto: Este tópico (al igual que el de la causa que a continuación referenciaré) es sujeto de marcadas diferencias entre la doctrina e incluso la ley<sup>50</sup>. Solo me limito a decir que el objeto se refiere a la conducta desplegada por el o los contratantes para la consecución del negocio jurídico, la cual impregna también el objeto material sobre el cual recae la empresa (en otras palabras el objeto es lo que para el otro contratante representa su contraprestación-esto en punto de los contratos sinalagmáticos-).

Causa: Tal y como se desprende de forma acertada del artículo 1524 C.C. la causa es la respuesta a la pregunta “por qué?”<sup>51</sup> De la realización del negocio jurídico, esto es, los móviles o finalidades determinantes que tuvieron los contratantes para poder emprender la configuración del negocio jurídico<sup>52</sup>. Adicionalmente creo oportuno referir mi aceptación a la tesis de Pothier al dividir la causa del *Rechtsgeschäft* en dos: (i) una la de las obligaciones en sí, y la otra (ii) la del contrato (o la del negocio jurídico).

Al repasar estos cuatro elementos que acabo de relacionar, se podrá percibir que son los mismos que figuran en el artículo 1502 C.C. los he escogido porque de antaño, han sido los que de forma mayoritaria se han considerado como los más importantes del negocio jurídico. Advierto que para mí, el elemento de “Lesión enorme” no hace parte de este compendio, puesto que el mismo se configura como un presupuesto para la malversación de la declaración de la voluntad.

---

<sup>50</sup> El artículo 1517 de nuestro Código Civil hace mención al objeto de manera tangencial sin abordar de lleno el significado del mismo.

<sup>51</sup> Dicha connotación ha sido referida tanto por Ortiz Monsalve Álvaro como por Salamanca Hernán Guillermo.

<sup>52</sup> Este punto es relevante para la elaboración de la teoría de la base negocial del *Rechtsgeschäft*, de Karl Larenz (recomiendo la remisión al capítulo primero de este trabajo)

## 2.4. Algunas Clasificaciones Del Negocio Jurídico.

Aquí me he propuesto exponer algunas de las más importantes clasificaciones que las doctrinas y las leyes de ambos países objeto de estudio le dan al *Rechtsgeschäft*. El lector notará aspectos fundamentales y bastante disimiles entre Alemania y Colombia.

### 2.4.1. En Alemania.

#### 2.4.1.1. Negocios jurídicos unilaterales y negocios jurídicos plurilaterales.

Esta clasificación (que también la tenemos en nuestro país) surge de conformidad a la distribución o contraprestación de las obligaciones que surgen a raíz del negocio jurídico.

Los bilaterales o sinalagmáticos (regulados en el § 320 BGB)<sup>53</sup>. En virtud de aquellos una de las partes contratantes se obliga a cumplir con determinado deber, bajo el entendido de que su contrario también se obligue en favor de éste. Existen pues contratos<sup>54</sup> en los cuales cada parte se encuentra obligada a cumplir con su deber. Colateralmente, la otra parte debe

---

<sup>53</sup> Traducido del alemán: *Gegenseitige oder Synallagmatische*.

<sup>54</sup> El contrato en su acepción general, se configura como el ejemplo por excelencia del negocio jurídico.

complementar esa relación, al obedecer a su vez con la obligación que le corresponde. Por tal razón se usa la oración en latín “*do ut des*” es decir que yo doy para que tu des. Al igual que como ocurre en nuestro país los alemanes también manejan la excepción del contrato no cumplido, y en consecuencia, la llamada acción resolutoria (§ 320 BGB).

Bilaterales imperfectos<sup>55</sup>. Esta clasificación de negocios jurídicos se caracteriza por constituir de forma directa una obligación en cabeza de una de las partes contratantes. Entre tanto, y dentro del desarrollo de la empresa dispuesta por el negocio jurídico, puede ocurrir que se configuren obligaciones a cargo de la otra parte (sin embargo dichos deberes que eventualmente pueden concurrir, no son identificados como “contraprestación”). De lo anterior resulta la no inclusión de esta categoría dentro del § 320 BGB. A manera de ejemplo traigo a colación la figura del encargo propia del § 662 BGB<sup>56</sup>, por medio del cual uno de los extremos de la relación contractual le encomienda la obligación a otro de hacer algo (podría decirse que esta figura mantiene algunas similitudes con el contrato de agencia comercial del 1137 del C.Co., sin embargo el *Auftrag* se hace mucho más amplio en su objeto). Así pues, en el desarrollo del encargo, el obligado puede recurrir a los llamados costos de operación (§ 670 BGB: “En caso en que el encargado incurra en costos en razón a la consecución del objetivo del encargo, los cuales éste, en vista de las circunstancias, haya considerados como necesarios, entonces el emisor del encargo está obligado a la restitución de aquellos”<sup>57</sup>). Creo que un ejemplo práctico puede dilucidar esta situación. Imaginémonos que A desea hacer llegar a Pereira un paquete y

---

<sup>55</sup> Aclaro, que aun cuando esta categoría puede tener su equivalente en nuestro país bajo la designación “Sinalagmáticos imperfectos”, considero que no es lo correcto denominarlos de tal forma, por cuanto la traducción del alemán original “*Unvollkommen zweiseitig*” hace referencia a bilaterales imperfectos.

<sup>56</sup> Traducido del alemán „**§ 670 Ersatz von Aufwendungen** Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet.“

<sup>57</sup> Regulados en el § 670 BGB

sabe que su amigo B viaja pronto hacia esa destinación. Así, A encarga a B con el envío de la encomienda. En tal evento las obligaciones nacen únicamente para B (que es la de llevar el paquete). Sin embargo, B en su recorrido tuvo que tanquear su auto, además de pagar los costos de los peajes, por lo cual exige el reembolso de los costos de operación (el contrato se vuelve bilateral imperfecto).

Por último quiero hacer relación a los negocios jurídicos unilaterales<sup>58</sup>. Es característico de estos que siempre configuran obligaciones solamente en cabeza de una de las partes contractuales. Por ejemplo la donación (§ 516 BGB).

#### 2.4.1.2. *Negocios jurídicos obligatorios y negocios jurídicos de disposición.*

Recomiendo al lector prestar especial atención a esta categoría, toda vez que la misma constituye la base para el desarrollo del principio de separación y abstracción de los negocios jurídicos. Lo anterior es un tema particular y de vital importancia dentro del estudio del *Rechtsgeschäft* en Alemania (y Austria), por ello es uno de los puntos más importantes dentro de mi escrito de investigación.

Los negocios obligatorios<sup>59</sup>. Para la definición de estos, me he permitido referenciar la concepción de los doctores Hans Brox, y Wolf Dietrich Walker: “Bajo la denominación negocios obligatorios se entiende un negocio jurídico, por medio del cual se engendra una obligación encaminada a la consecución de un servicio. Los negocios obligatorios más comunes

---

<sup>58</sup> Traducido del alemán „*Einseitig verpflichtenden Verträge*“

<sup>59</sup> Traducido del alemán „*Verpflichtungsgeschäft*“

se ubican en las obligaciones del BGB, y el ejemplo más sustancial es el del contrato de compraventa.” (Brox y Walker, 2013, 51).<sup>60</sup>

El fundamento legal de esta clase de negocios jurídicos se encuentra en el § 241 BGB bajo la denominación de relación obligatoria. Se dice que los negocios obligatorios (§ 311 BGB) surgen en la mayoría de los casos por la celebración de un contrato<sup>61</sup>. No obstante, los mismos también se ocasionan a raíz de algunos negocios jurídicos unilaterales. Como ejemplo de esto traigo un contrato propio del derecho de sociedades: la constitución de una fundación (§ 81 BGB) el cual, en efecto es un negocio unilateral, en donde la declaración del fundador sobre crear un patrimonio para la consecución de un fin específico-propio de la fundación-, repercute en el negocio obligatorio (a cargo del fundador) de hacer la transferencia de dominio de los bienes integrantes del patrimonio social.

En otro orden de ideas, los negocios de disposición o dispositivos<sup>62</sup>, son todos aquellos que tienen como consecuencia la creación directa de un derecho. Dicha creación es conocida como “disposición”. Es importante advertir que a través de los negocios dispositivos nunca se crean obligaciones, pues ello es propio de los obligatorios.

Los negocios de disposición cuentan con una clasificación, dependiendo del tipo de consecuencia que acarreen: (i) Transmisión de un derecho, (ii) imposición de un derecho, (iii)

---

<sup>60</sup> Traducido del original: „Unter einem Verpflichtungsgeschäft versteht man ein *Rechtsgeschäft*, durch das die Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird. Die meisten Verpflichtungsgeschäfte sind im Schuldrecht des BGB enthalten; Hauptbeispiel ist der Kaufvertrag.“ (Brox y Walker, 2013, 51).

<sup>61</sup> El contrato “*Der Vertrag*” es el ejemplo más común de los negocios jurídicos. Aun cuando el mismo no es objeto de estudio directo dentro de mi proyecto de investigación, si debo tocar algunos puntos álgidos del mismo. Por ejemplo en esta ocasión me referiré brevemente al “nacimiento del contrato-*Zustandekommen von Verträgen*”, que de conformidad con los § 145 ss. BGB, surge a partir de la oferta y su aceptación. De este tema me ocuparé en un apartado posterior del presente capítulo.

<sup>62</sup> Traducido del alemán „*Verfügungsgeschäfte*“

levantamiento de un derecho, y (iv) modificación de un derecho. A continuación hago una breve referencia, con ayuda de ejemplos:

- Transmisión de un derecho: Lo más común dentro de estos efectos es la transmisión de la propiedad, como por ejemplo la transmisión de los bienes muebles (§ 929 BGB). Sin embargo también pueden existir transmisiones de pretensiones o exigencias<sup>63</sup>, al respecto véase la figura de la Cesión (§ 398 BGB).
- Imposición de un derecho: Muy común en estos casos es la imposición de una prenda<sup>64</sup> en donde, como garantía de una deuda se tiene algún bien mueble, para que en caso de incumplimiento el acreedor se pague con aquella cosa (§ 1204 BGB).
- Levantamiento de un derecho: El §959 BGB- Abandono de la propiedad- (“Un bien inmueble queda sin dueño cuando su propietario, con la intención de abandonar la propiedad, renuncia a la tenencia de la cosa.”<sup>65</sup>), tiene como objeto precisamente que se extinga el derecho de la propiedad sobre el bien mueble.<sup>66</sup>
- Modificación de un derecho: El § 1198 BGB nos habla del cambio de una deuda hipotecaria con el gravamen de la hipoteca (“**Cambios permitidos:** Una hipoteca puede ser transformada en una deuda hipotecaria, y una deuda hipotecaria puede ser transformada en una hipoteca. No es obligatorio el beneplácito concomitante o posterior del derechohabiente.”<sup>67</sup>) Para entender este ejemplo, es necesario hacer una

<sup>63</sup> Lo que para nosotros suele denominarse genéricamente como derechos.

<sup>64</sup> Que en alemán es „Pfandrecht“

<sup>65</sup> Traducido del original: „**§ 959 Aufgabe des Eigentums** Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt“

<sup>66</sup> Es interesante analizar esta figura, por cuanto en nuestra legislación no contamos con una disposición de esta naturaleza. Si bien nuestro código civil habla de la pérdida de la posesión (art. 787 C.C.), no hay una norma que hable de la renuncia a la propiedad de bienes muebles.

<sup>67</sup> Traducido del original: „**§ 1198 Zulässige Umwandlungen** Eine Hypothek kann in eine Grundschild, eine Grundschild kann in eine Hypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht“

comparación entre el contrato de Hipoteca en Alemania y Colombia. A pesar de que en las dos legislaciones, este gravamen se constituye como un contrato solemne y accesorio al mutuo principal, sustancialmente existen diferencias. Para el caso que nos ocupa, es necesario remitir al lector al tema de la especialidad de la hipoteca. Recuerdo que nuestro Código Civil establece (de forma bastante imprecisa) en su artículo 2455 una limitación al monto que se garantiza con la imposición del gravamen. Ya que el legislador se limitó a decir sin más que “la hipoteca *podrá* limitarse”, la costumbre mercantilista nacional (con ayuda de las superintendencias Financiera y de Notariado y Registro respectivamente<sup>68</sup>) se ha encargado de diseñar las dos clases de hipotecas que son usadas a diario en el país: con o sin límite en la cuantía que garantiza el gravamen real (o cerrada<sup>69</sup> y abierta como comúnmente se conocen). Así las cosas, puede decirse que “*Die Hypotek*” (la hipoteca) alemana hace alusión a la cerrada, mientras que “*die Grundschild*” (deuda hipotecaria) se equipara en parte a la abierta<sup>70</sup>. En suma, el § 1198 BGB, estipula la modificación de un derecho, bajo el sentido de la especialidad de lo garantizado con el gravamen hipotecario.

---

<sup>68</sup> Para el efecto recomiendo revisar El concepto No. 2004046975-2 del 19 de octubre de 2014 de la superintendencia financiera y; La circular No. 109 del 21 de mayo de 2009 la Superintendencia de Notariado y Registro, en donde protegen la posición contractual de las entidades financieras como acreedoras de créditos hipotecarios sin límite en su cuantía.

<sup>69</sup> Personalmente creo, que a partir del empleo del método de interpretación teleológico al artículo 2455 C.C., es factible decir que el espíritu del legislador fue el de permitir que solo las deudas determinables pudieran ser garantizadas mediante la imposición de hipotecas. Personalmente considero que las hipotecas abiertas, son un exabrupto contra el equilibrio de la ecuación contractual, y por ende una permisón al abuso de la posición dominante.

<sup>70</sup> Digo que es en parte, por cuanto para los alemanes, consintiendo mi punto de vista sobre la arbitrariedad de la hipoteca abierta (ibíd. 39.), la Grundschild solo se permite siempre y cuando la deuda garantizada tenga la virtualidad de poderse determinar en el tiempo.

#### 2.4.1.2.1. Principio de separación y de abstracción<sup>71</sup>.

Recomiendo al lector prestar especial atención a este ítem, por cuanto aquí se configura una de las diferencias esenciales entre las dos legislaciones objeto del presente parangón. Si bien en nuestro país también contamos con la clasificación de los negocios jurídicos de disposición y los obligatorios (lo cual se verá más adelante), lo cierto es que sus efectos prácticos difieren en demasía con Alemania. Así las cosas, en virtud de este principio<sup>72</sup>, las relaciones obligatorias que se componen tanto de negocios obligatorios como de dispositivos (como ocurre con la compraventa), pueden ser vistas como independientes, en tanto que los dos negocios que la integran se apartan hasta tal punto de que la validez de la relación obligatoria se predica separadamente bien sea del primero o del segundo.

Por regla general, los negocios dispositivos no son tomados de forma separada de su par (los obligatorios), sino que para la configuración de la relación contractual, son considerados conjuntamente con los de disposición. Por ejemplo, imaginémonos que compramos un armario en un almacén de grandes superficies. En aquel momento surge el negocio jurídico obligatorio, que es la compraventa celebrada sobre el mueble. Ahora bien, para materializar la transacción se requiere de la tradición<sup>73</sup>, ésta se configura como un negocio jurídico independiente que deviene precisamente de la compraventa.

Sin embrago, el principio de separación alemán hace que cada negocio jurídico tenga que ser debidamente aislado. A pesar de que económicamente ambos puedan depender el uno

---

<sup>71</sup> Traducido de “*Trennungs- und abstraktionprinzip*”

<sup>72</sup> Me refiero únicamente a “este principio” y no “a esos principios”, ya que en el idioma alemán, aun cuando hacen uso de dos palabras (“*Trennung*”-Separación-; “*Abstraktion*”-abstracción-), los mismos, y por efecto del uso de la *Komposita* propia de la gramática germana, se adhieren como una sola palabra adscrita a la palabra “*Prinzip*”

<sup>73</sup> O del “*Eigentumsübergang an beweglichen Sachen*” § 929 BGB.

del otro, cada cual es visto de forma independiente. A renglón seguido relaciono la definición dada al principio de separación por los doctrinantes Bernd Rüthers y Astrid Stadler:

Bajo el término **Principio de separación** se entiende la segregación de un negocio de intercambio en dos procesos separados propios de un negocio jurídico: en un fundamento obligacional (negocio jurídico obligatorio) y el proceso encaminado al cumplimiento la tradición (negocios jurídicos de disposición).<sup>74</sup> (Rüthers y Stadler, 2011, p. 124).

Por su parte, el principio de abstracción, que se constituye como el complemento del de la separación acabado de nombrar, estipula que cada negocio jurídico (bien sea el obligatorio o el dispositivo) tiene la virtualidad de ser válido sin necesidad de que el otro lo sea también. En otras palabras que no es requisito *sine equa non* para la legalidad de un negocio jurídico integrante de la relación obligatoria, que su contraparte sea o no válido.

Para el mayor entendimiento de lo que acabo de indicar, vuelvo a traer a colación el ejemplo de la compraventa del mueble en el almacén de grandes superficies, al efecto, puede ocurrir que la compraventa hecha entre las partes tenga la virtualidad de estar viciada en su declaración de voluntad (imaginémonos que el comprador o el vendedor no tenían la capacidad legal para realizar este negocio). Esto no da pie para afirmar que automáticamente la tradición (negocio jurídico dispositivo) tenga la misma connotación de ineficacia. En efecto, y para el ejemplo, pensemos que los vicios perpetuados en la compraventa (esto es, la falta de capacidad legal) hayan cesado, o simplemente ya no estén presentes al momento en que se deba hacer la

---

<sup>74</sup> Traducido del original:

*Unter **Trennungsprinzip** versteht man die Aufspaltung eines Austauschgeschäftes in zwei getrennte rechtsgeschäftliche Vorgänge: seine schuldrechtliche Grundlage (Verpflichtungsgeschäft) und die zur Erfüllung vorgenommenen Übertragungsvorgänge (Verfügungsgeschäfte) (Stadler, 2011, p. 124)*

tradición del mueble. De lo anterior resulta la obligación legal del comprador de dar el dinero, y del vendedor de transmitir el dominio del bien, todo ello a pesar de que la compraventa este viciada de nulidad. Situación jurídica, que dista de lo que en Colombia ocurre.

Bernd Rüthers y Astrid Stadler también define el principio de abstracción de una forma apropiada. Por lo anterior a continuación referencio su concepto:

**El principio de abstracción** significa, que la legalidad del negocio obligatorio tomado como base (también llamado como causa o fundamento legal) no se constituye como un requisito de validez del negocio jurídico de disposición. Los vicios del negocio jurídico obligatorio no repercuten directamente en la validez del acto de tradición de la cosa propia del negocio jurídico de disposición, que a su vez deviene de la celebración de aquel.<sup>75</sup> (Rüthers y Stadler, 2011, 126).

De lo anterior resulta que la consecuencia de dicha división jurídica para nuestro ejemplo, es que mientras que el negocio jurídico de disposición es válido, el obligatorio no tiene la misma condición. En otras palabras, cada uno de los contratantes podría exigir el traspaso de dominio de la cosa adeudada (esto es, del dinero, y del mueble, respectivamente).

Creo conveniente, resaltar el acierto que tuvo la legislación alemana al blindar jurídicamente al principio de separación y abstracción. Precisamente, el buen lector podrá haberse percatado de que la aplicación del principio en mención podría traer inconvenientes

---

<sup>75</sup>

Traducido del original:

**Abstraktionsprinzip** bedeutet, daß die Gültigkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäftes (auch causa oder Rechtsgrund genannt) keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Verfügungsgeschäftes ist. Mängel des Verpflichtungsgeschäftes wirken sich daher nicht unmittelbar auf die Wirksamkeit eines zur Erfüllung des-mangelhaften- Verpflichtungsgeschäftes vorgenommen dinglichen Übertragungsakts aus. (Stadler, 2011, 126)

como el de un posible enriquecimiento sin causa (tal y como se desprende del ejemplo que acabo de proponer). Para explicar la solución que los alemanes le dieron a dicha vicisitud, se hace necesario un breve comentario sobre el tema del “enriquecimiento legal”<sup>76</sup>.

Las dos alternativas de la primera oración del inciso primero del parágrafo 812 del BGB<sup>77</sup> se constituyen como el punto de partida para mi explicación:

**“§ 812 Derecho a la restitución** El que sin causa jurídica exija una prestación de otro o de cualquier otra forma el pago de algún costo, está obligado con éste a la restitución de lo dado. Esta obligación también concurre, cuando la causa jurídica queda después sin fundamento o que la consecuencia jurídica que se buscó con la celebración de un negocio jurídico no se llegase a dar.”<sup>78</sup>

De este inciso surgen dos vertientes: a) Condición de Prestación (primera alternativa de la primera oración inciso primero del § 812 BGB) y; b) Condición de intervención (segunda alternativa de la primera oración inciso primero del § 812 BGB). Ya que este no es el tema principal de mi trabajo, simplemente me ocupare someramente de la condición de intervención,

<sup>76</sup> Traducido del alemán: “*Bereicherungsrecht*”

<sup>77</sup> Dejo de presente que, al igual como ocurren en nuestro país, las leyes en particular, son divididas para su objeto de estudio. Así las cosas la categoría más amplia es el parágrafo -§-, el cual puede ser el equivalente al artículo -art.- para nosotros. Paralelamente al parágrafo se tiene el Artikel -art.- que aun así es usado en menor medida (por ejemplo en la Constitución de la República Federal Alemana). En un segundo renglón, cada norma (independientemente de si se trata de párrafos o de artículos) se divide en incisos (igual que en Colombia). Adicionalmente los alemanes dividen sus incisos en oraciones (las cuales se divisan en los textos con numeración entre paréntesis). Así mismo, cuando una norma refiere dos o más supuestos de hecho o consecuencias jurídicas que se pueden cumplir alternativamente, se habla de *Alternative* Alt. Finalmente, existen algunos casos, en donde las leyes son separadas por el punto y coma, se habla de semi-oraciones “*Halbsatz*”

<sup>78</sup> Traducido del original: “**§ 812 Herausgabeanspruch** Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. “

puesto que es el encargado de solventar las situaciones de enriquecimiento sin justa causa en aplicación del principio de abstracción.

Así pues, la condición de prestación (la cual da los derroteros para el enriquecimiento sin justa causa) tiene tres requisitos: (i) Exigir algo; (ii) por medio de una prestación; (iii) sin ningún fundamento jurídico. Como ha sido usual a lo largo de este trabajo, vuelvo a recurrir al empleo de ejemplos comunes para explicar la teoría. Para el caso, pido al lector que traiga a la mente el último caso que presenté, esto es, el de la compraventa sobre el mueble de las grandes superficies. Digamos entonces que, en virtud del principio de la abstracción se dio la tradición del bien, a pesar de la nulidad del negocio obligatorio. Sin embargo aún está pendiente mirar los tres presupuestos del § 812 BGB: (i) El comprador está exigiendo el dominio del mueble, se cumple este requisito; (ii) La jurisprudencia del BGH ha sido reiterativa en decir que una prestación es un incremento patrimonial voluntario, directo y consiente. Para el caso sería precisamente la transferencia de dominio, puesto con ella se incrementa el patrimonio del comprador. Por lo anterior este requisito también se cumple y; (iii) No hay un fundamento jurídico, toda vez que el negocio obligatorio (es decir el contrato de compraventa) adoleció de vicios, no se cumple este requisito. En consecuencia el comprador estaría obligado a la restitución del bien, por el efecto de la condición de la prestación.

Para finalizar con el estudio del principio de abstracción y de separación, relato el siguiente caso tratado por el BGHZ<sup>79</sup> denominado como “las cámaras de bronceo”: Dos personas celebraron una compraventa sobre un establecimiento de cámaras de bronceo. Tiempo después de que se hubiere realizado tanto la compraventa como la tradición (los negocios

---

<sup>79</sup> BGHZ B126 pág. 105 ss.

obligatorios y dispositivos) se evidenció que la vendedora sufría de una enfermedad mental que le impedía tener la capacidad legal para realizar negocios de enajenación por cuenta propia. Por lo anterior su representante instauró demanda ordinaria ante el juzgado de la causa para que se declarara la nulidad de los dos negocios. Aquí el tribunal falló en favor de la demandante, aduciendo que tanto el negocio obligatorio como el de disposición tenían la misma deficiencia, esto es la declaración de voluntad de una de las partes estaba viciada.

#### *2.4.2. En Colombia.*

Con el fin de seguir con la misma línea discursiva, trataré básicamente las clasificaciones más similares que tenemos en nuestro país con las que he esbozado para con Alemania.

##### *2.4.2.1. Negocios jurídicos unilaterales y plurilaterales.*

Dejo de presente que (sin la consideración del principio de separación y abstracción acabado de revisar), esta clasificación es muy parecida a la que se tiene la legislación germana. Los negocios unilaterales son todos aquellos en donde solo se requiere la declaración de voluntad de una persona.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Ejemplos de este grupo: el testamento (art. 1055 C.C.); la oferta (art. 845 C.Co.); entre otros.

Los negocios plurilaterales, son todos aquellos que para su validez requieren de la concurrencia de por lo menos dos declaraciones de voluntad emanadas de personas distintas<sup>81</sup>. Dentro de este grupo están los negocios bilaterales o sinalagmáticos, que al igual que en Alemania exigen dos declaraciones de voluntad emanadas de personas distintas. Estos últimos también acarrearán las consecuencias que se vieron en el apartado de Alemania, creación extinción modificación de derechos. Incluso también se cuenta con todos aquellos contratos donde, siendo unilaterales, se generan obligaciones en cabeza del acreedor toda vez que se causaron daños en razón a la ejecución de ese negocio jurídico-Sinalagmáticos imperfectos-.

Quiero denotar algo particular entre Colombia y Alemania en este punto. Mientras que en el segundo se hablaba de obligaciones que surgían (si era para una sola de las partes entonces era “*einseitig*”), en el primero se cuenta es el número de declaraciones de voluntad (si solo había un declarante entonces es unilateral). De todas formas, vemos que los efectos prácticos de cada categoría son los mismos, independiente de que se trate de Colombia o de Alemania (incluso en el tema de la eventual acción resolutoria para los sinalagmáticos).

#### 2.4.2.2. *Negocios jurídicos obligatorios y dispositivos.*

Antes que nada, reitero que a pesar de que, como se verá, esta clasificación guarda mucha similitud con Alemania, sus efectos prácticos no son concordantes (en especial porque en nuestro país no contamos con la figura de la abstracción ni de la separación).

---

<sup>81</sup> Verbigracia, la compraventa (art. 1849 C.C.); Comodato (art. 2221 C.C.) etc.

En nuestro país, si bien los negocios jurídicos obligatorios son todos aquellos que únicamente establecen obligaciones (al igual que en Alemania), lo cierto es que aquí esta categoría solo se refiere a los negocios jurídicos bilaterales<sup>82</sup>. En efecto, lo que la doctrina nacional denomina como “negocio obligatorio”, el Código Civil (en su artículo 1496) lo entiende como “contrato”. Muy acertada resulta la definición que Ortiz Monsalve nos proporciona en su obra de 2010 (pág. 37) en relación al contrato: “Dentro del concepto de convención encontramos una de las principales fuentes de las obligaciones en el contrato. Es la confluencia de dos o más personas, en un solo consentimiento mediante el cual se crean obligaciones.” (pág. 37. Resaltado fuera del original)

La definición que acabo de citar (en su espacio resaltado), da cuenta que los negocios obligatorios (o contratos) únicamente son considerados dentro de la categoría de los negocios jurídicos bilaterales. Así pues la compraventa (1849 C.C.) se circunscribe a esta clasificación, toda vez que su objeto es el de crear obligaciones tanto para el comprador (que es la de dar la cosa), como para el vendedor (de pagar el dinero).

En cambio, los negocios dispositivos son una clasificación de los llamados negocios de pago o cumplimiento<sup>83</sup>, los cuales buscan la modificación de una obligación o la transmisión de un derecho patrimonial (Zea, 2002). Ahora bien, para efectos prácticos estos negocios son el complemento que necesitan los obligatorios. En otras palabras, la finalidad de las partes contratantes en la consecución de un negocio, es que el mismo no solo se quede en el establecimiento de las obligaciones para estos, sino que en efecto las mismas se extingan o que

---

<sup>82</sup> Recuerdo que en Alemania los *Verpflichtungsgechäfte* (a diferencia que Colombia, como se acaba de mencionar), no solo se refieren a los negocios bilaterales, sino también a los unilaterales en algunos casos (por ejemplo la declaración para la constitución de una fundación del § 81 BGB).

<sup>83</sup> Los cuales tienen por Objeto extinguir las obligaciones entre dos o más personas. En Alemania esta clasificación hace parte de los negocios de disposición (*Verfügungsgeschäfte*) de levantamiento de derechos.

se realice el contenido obligacional. De igual forma, advierto que a diferencia de Alemania (en donde la imposición de un *Verpflichtungsgechäft*, implica casi necesariamente la consecución de uno dispositivo), en nuestro país el negocio obligatorio también puede terminar en la ejecución de uno de administración, el cual, sustancialmente distinto del de disposición, implica la conservación de los derechos patrimoniales inmiscuidos en el obligatorio.

## 2.5. Declaración De Voluntad.

Este tema también es un punto importante para mi trabajo de investigación, toda vez que, tal y como se revise en la parte histórica, la declaración de voluntad ha sido por mucho tiempo la línea vertebral del negocio jurídico. Advierto al lector que estructuraré este apartado con el objeto de analizar la solución que las legislaciones objeto de estudio han resuelto frente al dilema de la importancia y eficacia que tiene tanto el aspecto interno de la voluntad como su respectiva exteriorización. Como bien se sabe, son muchos los adeptos a la preponderancia de la voluntad interna sobre la externa<sup>84</sup>. Así pues y antes de entrar en materia, y con el objeto de contextualizar la lectura al tema que se presenta, a renglón seguido relaciono sucintamente las teorías que corresponden al valor que debe tener la voluntad para la configuración del negocio jurídico:

- La teoría voluntarista afirma que la voluntad es el elemento más importante en el *Rechtsgeschäft*. Aun así, si bien ésta es el núcleo esencial, la misma requiere de una declaración para que pueda ser exteriorizada. Difiero de esta teoría en el

---

<sup>84</sup> Precisamente, Savigny admitía vehementemente que lo único importante para las partes contratantes era la voluntad interna.

sentido de que, como dije más arriba, la voluntad no es elemento indispensable para que se forme un negocio jurídico. En efecto, la vida social nos ha demostrado que pueden engendrarse derechos u obligaciones en donde no concurre la declaración de voluntad (tal y como ocurre con los contratos *Daseinvorsorge* que explico en el primer capítulo de este trabajo).

- Como respuesta a las críticas hechas a la hipótesis anterior, surge la teoría declaracionista, según la cual, la voluntad por sí sola no puede engendrar un negocio jurídico, la misma necesita encuadrar dentro de unos parámetros dados por la ley, para este efecto se tiene que la voluntad debe ser declarada bajo los requisitos específicos que la norma confiera. A percepción propia, esta teoría cae en el error de crear formalismos innecesarios para que se exteriorice la voluntad. Esta teoría da pie para que los negocios jurídicos simulados (que se celebran casi siempre con mala intención) se refieran como válidos.
- La *Culpa in Contrahendo* de Rudolph von Ihering (la cual, como ya se revisó, analizó la culpa como una conducta generadora de responsabilidad) fue recogida por Bernhard Windscheid para referir que al dolo o la culpa lata como fundamento de responsabilidad en la configuración de negocios jurídicos.

Se debe reconocer primero, que las anteriores teorías son muchísimo más profundas de cómo las he referido y; segundo que existen muchas más doctrinas que buscan finiquitar el problema del valor de la voluntad. Aun así, creo que las que aquí nombré, son suficientes para dar a entender a cuál de estas se adhieren tanto la legislación germana como la colombiana.

### 2.5.1. En Alemania.- El Gran Acierto de la Figura de la Impugnación Alemana.-

Vuelvo a citar otro apartado del tomo I del libro de Hans-Peter Richter de sus colecciones denominadas como “RICHTER-Skripten” del año 2010, referente a la definición de la declaración de voluntad en Alemania: “Una declaración de voluntad es la manifestación privada de la voluntad dirigida al reconocimiento de una consecuencia jurídica.”<sup>85</sup> (Richter, 2010, pág. 20).

La definición da cuenta de que la voluntad tiene dos niveles uno interior y otro exterior. El primero de ellos refiere que una declaración de voluntad dispone de dos formas precisas para su “publicidad”: Expresamente y concluyente. Esta última se refiere a aquellos eventos en que por medio de gestos o ademanes se expresa lo que se desea<sup>86</sup>.

En segundo lugar, se dice que la exteriorización no basta para la configuración de la consecuencia jurídica. Adicionalmente se requiere el ámbito interior de la voluntad, también llamado como componente subjetivo o *Subjektive Tatbestand* en alemán. En esta esfera se estudia la voluntad interna de la persona que posteriormente se exterioriza. Dentro de la ley alemana, la misma se compone de (i) voluntad de obrar, (ii) voluntad de declarar, (iii) voluntad de negocio. A continuación explico de forma breve de que trata cada uno:

- *Handlungswille* (voluntad de obrar): Hace referencia a una conducta realizada con plena conciencia. Es decir que el declarante debe obrar con conciencia al

<sup>85</sup> Traducido del original: „Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung, die auf einen vom Gesetz anerkannten Rechtserfolg gerichtet ist“ (Richter, 2010. P. 20)

<sup>86</sup> Como por ejemplo cuando el comensal en un bar desea una nueva cerveza, muestra al mesero su jarra como señal de la orden.

momento de la expresión de la voluntad. Así las cosas, los actos reflejos no entran en esta categoría. Tampoco los estados de inconciencia como la hipnosis o el alucinamiento.

- *Erklärungswille* (voluntad de declarar): Significa que el objeto la declaración debe darse de forma inequívoca e inconfundible, es decir que la misma se da con pleno conocimiento de que con ella se genera un efecto jurídico especial. Por ejemplo el declarante que desea comprar un televisor, debe referir su manifestación a ese aparato y no a una nevera. De igual forma (frente al efecto jurídico especial que debe tener la declaración), no entra en esta categoría las negociaciones o tratativas que se hacen con fines no jurídicos. Verbigracia, un artista que se encuentra en medio de una gran concurrencia de fans, firma autógrafos con el fin de entregar su firma como objeto valioso, y no porque desea firmar un título valor o un contrato.
- *Geschäftswille* (voluntad de negocio): La voluntad debe estar encaminada a la consecución de un negocio jurídico, el cual debe versar sobre una consecuencia jurídica determinada. Por ejemplo, Un vendedor de juguetería desea ordenar al proveedor 20 cajas llenas de muñecas modelo A, sin embargo en la comunicación escrita, el vendedor se equivoca y pide 20 cajas de muñecas modelo B. En este ejemplo es claro que no concurre la voluntad de negocio.

Estos tres presupuestos que conforman la esfera interna de la declaración de voluntad, repercuten en los efectos (o la validez) del *Rechtsgeschäft*. En este punto entra en juego la tan sonada discusión doctrinaria de la teoría voluntarista (*Willentheorie*) y la teoría declaracionista (*Erklärungstheorie*). Con el fin de no ser repetitivo en mis conceptos, simplemente añado: La

*Willenstheorie* dispone que en caso de que cualquiera de los tres elementos integrantes del componente subjetivo no concurra en la declaración de la voluntad, entonces no es permisible que se genere consecuencia jurídica alguna. Los defensores de esta teoría aducen que de esta forma se protege íntegramente al declarante. Sin embargo, esta teoría deja sin garantías a la contraparte es decir al receptor de la declaración, toda vez que este debe confiarse entonces sin más en el tráfico jurídico, y por ende siempre debe cargar con el riesgo frente a una eventual declaración de voluntad inválida. Por su parte, la *Erklärungstheorie* únicamente analiza la forma en como el tráfico jurídico debe recibir y entender una declaración de la voluntad. Es decir que en este evento solo importa la exteriorización y no la esfera interna.

Este tema fue revidado someramente en el primer capítulo de este trabajo. Sin embargo, considero que el lector perceptivo pudo notar que en aquel momento dilucidé sucintamente la solución que el BGB le dio a tan menudo problema<sup>87</sup>. Es el momento de aclarar que eso lo hice, no con el ánimo de salir del paso a la solución, sino de dejar este tema para el este momento. Precisamente, la solución dada por la legislación alemana se hace tan acertada, que la considero como uno de los puntos más importantes que puede dejar este trabajo de investigación.

En efecto, el BGB tenía la difícil labor de favorecer bien sea al declaracionista o al receptor. No obstante el legislador alemán, haciendo uso de la pragmática, encontró un camino intermedio: a pesar de que en determinadas ocasiones pueden faltar algunos elementos de la esfera interna o subjetiva de la voluntad, puede surgir un negocio jurídico valido bajo el entendido de que el mismo tiene la virtualidad de ser invalidado en un momento posterior. Lo anterior en razón a que el contratante que se ha equivocado al momento de declarar su voluntad

---

<sup>87</sup> Esto se encuentra en el último párrafo del capítulo 1.1.2.2. *La Dinastía de “la autonomía de la voluntad”*

(ello en relación a la falta de elementos del componente subjetivo), tiene la posibilidad de usar la figura de la “impugnación” (en alemán *Anfechtungsrecht*) para que de forma unilateral y extraprocesal declare como inválido el negocio jurídico.

El párrafo anterior me ofrece dos aspectos muy importantes que valen la pena aclarar. El primero es que este estado en el que se encuentran los *Rechtsgeschäfte* susceptibles de ser impugnados es bastante particular. Véase que en nuestro país, la confusa división que le proporcionamos a los negocios jurídicos<sup>88</sup> no ofrece un estado en el que pueda circunscribirse semejante categoría. Al respecto traigo a colación la valiosa obra del doctrinante Edgar Ramírez Baquero, quien ha diseñado una clasificación muy completa (aunque no del todo precisa) para los negocios jurídicos ineficaces. Precisamente este autor habla del acto o negocio jurídico ineficaz en estricto sentido:

Colorario de lo anterior es que el negocio jurídico ineficaz en estricto es el acto que teniendo la existencia, porque se ha integrado con todos sus elementos, a plenitud de cada uno de ellos, y siendo válido, dado que no adolece de vicios o defectos intrínsecos de aquellos que arrastran el acto al estado de la invalidez, no es, con todo, apto, idóneo, hábil, (sic) etc... Para desencadenar efectos negociales particulares o finales, como quiera que una circunstancia que les es externa, extraña a su estructura, exógena, impide la producción de estas secuelas, o, siendo apto, idóneo, hábil, etc., para generar estos efectos particulares o finales, en vista del surgimiento de dicho factor extraño a su estructura, cesa la producción de los susodichos efectos. (Baquero, 2008, 65).

---

<sup>88</sup> Que *grosso modo*, sería el más tradicional (e incompleto para mí), se compone básicamente de: inexistencia y nulidad (absoluta o relativa). El negocio jurídico que refiere el BGB hace alusión a un negocio existente, y válido, pero que en determinado momento puede perder dicha connotación.

Así pues, los negocios jurídicos reseñados por el BGB, tienen todas las características que refiere Baquero en la cita anterior, de los estados de ineficacia del negocio jurídico tanto en Alemania como en Colombia.

En segundo lugar, no debe pasar desapercibido la figura del *Anfechtungsrecht* o de la impugnación, la cual se encuentra, en esencia, en el inciso primero del parágrafo 119 del BGB:

**“§ 119 Impugnabilidad por error.** (1) El que manifestó su declaración de voluntad, la cual dentro de su contenido poseía errores, o que simplemente nunca pretendió entregar una manifestación con semejante contenido, puede impugnar la manifestación, bajo el entendido de que no la hubiere manifestado en ese estado de cosas ni tampoco bajo el contexto en que la realizó.”<sup>89</sup>

Por consiguiente, la persona que considere que su declaración se ha dado bajo los reparos del §119 BGB, tiene la posibilidad de realizar otro negocio jurídico de carácter unilateral (que es la impugnación). A su vez, el inciso primero del § 142 BGB (**“Efecto de la impugnación:** (1) Cuando un negocio jurídico susceptible de impugnación es impugnado, entonces el mismo es visto como nulo desde su inicio”<sup>90</sup>) refiere que el efecto del negocio jurídico impugnado es la nulidad.

Este ha sido uno de los aciertos más importantes que ha tenido el legislador alemán dentro la configuración de la teoría general del negocio jurídico. Mientras que en nuestro país,

---

<sup>89</sup> Traducido del original: „**§ 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums** (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. “

<sup>90</sup> Traducido del original „**Wirkung der Anfechtung** (1) Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen. “

un negocio de esta índole (es decir susceptible de nulidad) se requiere del inicio de un proceso declarativo, de considerable duración para llegar a los mismos efectos de la impugnación alemana (artículo 1746 C.C.<sup>91</sup>); allí solo se requiere de la manifestación expresa del impugnador para lograr la declaración de nulidad<sup>92</sup>.

El BGB ha sido muy previsor al reglar esta peculiar figura, en efecto, y para proteger también al destinatario de la declaración de voluntad (e incluso a los terceros afectados con el negocio jurídico nulo), el § 122 BGB estipula que cuando tanto este como aquel hayan confiado en la celebración de este negocio, tendrán el derecho de la indemnización de perjuicios por parte del impugnador.

Con base en lo anterior, es preciso dilucidar como cada uno de los tres elementos de la esfera subjetiva de la voluntad afectan o pueden afectar la validez del negocio jurídico. (i) La voluntad de obrar es la más valiosa dentro de la relación, por cuanto siempre se requiere para que el negocio adquiera validez, sin ella no se genera consecuencia jurídica alguna.

(ii) En principio y al igual que la anterior, la voluntad de declarar es indispensable para la configuración de un negocio jurídico válido. Sin embargo, la jurisprudencia diseñó una excepción a la regla, la cual denominó como “negligencia en la declaración” (en alemán *Erklärungsfahrlässigkeit*). Esta se aplica en aquellos casos en donde el declarante emite una manifestación de su voluntad en un contexto, en donde las circunstancias, así como los usos

---

<sup>91</sup> “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

<sup>92</sup> Ciertamente la regla general en el sistema alemán (§142 BGB) es que los efectos de la impugnación no están supeditados a que la jurisdicción emita una providencia al respecto. Sin embargo, existe una excepción en el derecho de sociedades (§ 243 AktG), en donde los efectos jurídicos de la impugnación realizada por socios de limitadas (GmbH) o de anónimas (AG) solo surtirán efectos a partir de una decisión judicial.

sociales dejan prever que dicha declaración en ese preciso contexto, bajo los postulados de la buena fe, pueden y deben tener unas consecuencias jurídicas precisas. Ello a pesar de que el declarante no haya tenido la voluntad de declarar, puesto que el mismo ha debido tener la suficiente impericia para prever que su declaración podría ser entendida y confiada como cierta y eficaz. Para el entendimiento de lo que acabo de expresar relaciono dos ejemplos. El primero de ellos proviene del Tribunal Federal Supremo Para Asuntos Civiles (BGHZ), el segundo es un ejemplo que comúnmente se usa para la enseñanza del derecho:

- En un contrato de mutuo celebrado entre el acreedor A y el deudor D, el primero le exigió al segundo la constitución de una fianza (*Bürgerschaft* en alemán). Por lo anterior D acude a su banco de confianza B para que este funja como fiador. De conformidad con las leyes alemanas (§ 766 BGB), para la validez de la fianza se requiere de una nota escrita realizada por el fiador y dirigida al acreedor, donde el primero informa su papel como fiador dentro del crédito. En el ejemplo B redactó y remitió la nota a como la ley lo ordenaba. Así pues, y al ver que D no canceló la deuda como estaba estipulado, A exigió el pago del fiador B. Sin embargo el banco excepciono que éste aparecía como fiador de D pero en relación a una deuda antigua y por lo tanto distinta de la que estaba exigiendo A. En ese orden de ideas B no se hizo cargo de la obligación. No obstante, el BGH al estudiar el caso, consideró que B (a pesar de no tener la voluntad de declarar), si tenía que responder como fiador dentro de la relación contractual de A con D, toda vez que (y por efectos de la negligencia en la declaración) B tuvo que haber conocido que la nota escrita enviada a por si sola constituía una oferta valida, en la cual este podría confiarse plenamente.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> BGHZ B.91 pág. 324 ss.

- El caso de la subasta de vinos. Este caso ocurre en plena audiencia de subasta (§ 156 BGB) en donde se encontraban en distintos puestos el participante A y el participante B, quienes eran amigos. A al percatarse de que su camarada se encontraba en la reunión levanta la mano para saludarlo. Dicho gesto es visto y entendido por el subastador como oferta de compra del vino que en aquel momento se ofrecía, motivo por el cual le adjudica el vino a. En este caso es perceptible que la acción de A de levantar la mano, se ejecutó con plena conciencia (Voluntad de obrar), más no con el objeto de cerrar un negocio jurídico de compraventa (voluntad de manifestar). A pesar de esto, el negocio en mención se torna valido por cuanto A tuvo que haber previsto que dicho gesto en aquel contexto era considerado como la realización de una oferta.

(iii) El hecho de que manifestación se haga sin la voluntad de negociar, repercute en la configuración de un negocio jurídico ineficaz en estricto sentido (como lo refiere Baquero), es decir susceptible de la impugnación del § 119 BGB.

#### *2.5.2. En Colombia.*

Nuestro país tampoco ha sido ajeno a la controversia entre la teoría declaracionista y la teoría de la voluntad. Aun así tal parece que nuestro Código Civil adopta la primera postura, por cuanto en la mayoría de los casos nuestro ordenamiento solo reconoce efectos a la manifestación de la voluntad que se exteriorice y que consienta el orden público y las buenas costumbres (por ejemplo el artículo 1519 C.C.). Por tal razón es que la declaración de la voluntad se constituye

como la exteriorización del deseo referido a la esfera interna de las personas, por medio del cual se crean modifican o extinguen relaciones jurídicas (Monsalve, 2010).

Al igual que en Alemania, nuestro país también acepta que la misma se exteriorice de forma objetiva o tacita (que para Europa sería entendida como concluyente). Nuestra legislación adopta un criterio más declaracionista, es por ello que aquí no tenemos un estudio tan profundo como en Alemania en relación al componente subjetivo de la voluntad. *Grosso modo*, nuestra voluntad debe ser (i) un compromiso serio de las partes a quererse obligar (ii) que la declaración no se haga como medio para hacer un fraude a la ley o a terceros y, (iii) que esté exenta de fuerza, error o dolo. Como bien se sabe, el no cumplimiento de estos tres requisitos puede generar un negocio jurídico con la virtualidad de ser declarado como nulo con las respectivas consecuencias que esto acarrea.

Ahora bien, como ha quedado explicado, nuestro país dirimió la discusión del valor de la voluntad (en cuanto a su ámbito interno y externo) en favor de la teoría declaracionista. Por lo anterior no se refirió con el debido detenimiento a los efectos que puede tener las vicisitudes presentadas en la esfera interna de la voluntad<sup>94</sup>. Así las cosas, ha sido la doctrina la encargada de abordar (tangencialmente) el problema. Se llama reserva mental a la discrepancia consiente entre lo querido y lo declarado, la cual proviene de una sola de las partes, y por ende no es comunicada a la otra. En Colombia, la reserva mental no produce efecto jurídico alguno, no se entromete ni en la existencia, ni mucho menos en la validez del negocio jurídico. Lo anterior en razón a que primero a nadie le es lícito alegar su propia culpa o dolo (*Nemo auditor propriam turpitudinem alegans*), además el artículo 1603 C.C., acepta que todas las actuaciones realizadas

---

<sup>94</sup> Prueba de ello es que ni siquiera tenemos una figura parecida a la impugnación del parágrafo 119 BGB. Así mismo no tratamos los tres ítems del componente subjetivo de la voluntad.

por particulares se sobreentienden hechas bajo el principio de la buena fe. De igual forma, el reconocer algún efecto a la reserva mental afectaría la seguridad jurídica dentro del tráfico jurídico de los negocios. (Monsalve, 2010).

### 3. PRINCIPALES VICISITUDES DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Hasta el momento me he ocupado de escudriñar los antecedentes históricos más remotos que se tienen sobre la concepción de una teoría general del negocio jurídico, así como del análisis de las nociones terminológicas y principales elementos que componen el *Rechtsgeschäft*. Todo esto bajo de forma comparativa entre Alemania y Colombia. En esta última parte, he decidido abordar las vicisitudes que pueden ocurrir dentro de la formación (o proyecto de formación) del negocio jurídico. Para el caso Colombiano, conociendo la enorme discrepancia conceptual que se tiene frente al tema, me he propuesto elaborar mi propia clasificación de los distintos estados del negocio jurídico en cuanto a su eficacia.

#### 3.1. Inicio De La Validez O Vinculación De La Declaración De La Voluntad En El Tráfico Jurídico.

Creo que este apartado es el indicado para iniciar con este capítulo. Aquí voy a estudiar el momento preciso en que la manifestación de la voluntad (tema que he tratado en la parte final del capítulo anterior) adquiere efectos vinculantes entre la parte o las partes contratantes. Se

puede decir que esta es una de las etapas iniciales en la formación del *Rechtsgeschäft*. Como prefacio de la explicación que a continuación haré, advierto que tanto en Colombia (arts. 845 y ss. C. Co) como en Alemania (§ 145 ss. BGB) los negocios jurídicos bilaterales (v.gr. el contrato que es el ejemplo por excelencia) se forman a partir de la propuesta (*Antrag*) y el consentimiento (*Annahme*). Por ende, este capítulo se basará en el momento mismo en que la voluntad se transforma en esos dos presupuestos.

### 3.1.1. En Alemania.- *Invitatio Ad Offerendum*-

El § 130 del BGB estipula dos formas básicas para que la declaración de la voluntad sea válida. En relación a receptores necesarios y no necesarios.

Los receptores no necesarios hacen mención a todos aquellos eventos en donde la declaración de voluntad no requiere que otra persona sea la receptora de la misma. Ejemplo de estas situaciones son el de la recompensa del § 657 BGB<sup>95</sup>, o abandono de la propiedad § 959 BGB. En estas situaciones, la entrega de la manifestación de la voluntad (momento en el cual la misma adquiere su fuerza vinculante) se da al instante en que la declaración llega a conocimiento de terceros. Por ejemplo, en la recompensa sería cuando el declarante ofrece públicamente el premio.

Por el contrario, los receptores necesarios, son aquellos en donde, la voluntad o su manifestación requieren de otra persona, distinta del declarante, para que pueda ser tenida como

---

<sup>95</sup> *Auslobung* en alemán, el mismo dispone que la persona que ofrezca públicamente una recompensa por algún oficio o empresa determinada, estará obligado a recompensar a aquel que cumpla con lo solicitado.

válida. Esta categoría se divide a su vez en declaración prestada ante personas ausentes y personas presentes.

En relación a los primeros hay dos elementos determinantes para la validez de la manifestación de la voluntad: (i) entrega y (ii) entrada. El primero de ellos se refiere al instante en que el declarante proporciona su voluntad (esto se desprende de su esfera interna para aterrizar en la externa) y éste puede y debe tener la suficiente certeza de que la declaración llega a la esfera de conocimiento del receptor.

Para el entendimiento de la entrega traigo a colación una conocida sentencia del Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles BGHZ<sup>96</sup>. En una peluquería, el empleador tenía cierta insatisfacción con el trabajo realizado por uno de sus trabajadores peluqueros. Por lo anterior el empleador redactó una carta de despido. Sin embargo, antes de poderla entregar a su destinatario (el trabajador), este se arrepintió de su cometido, y por ello dejó el escrito encima de su mesa de trabajo. No obstante, la señora del servicio, en sus jornadas de limpieza ve aquella carta, que ya tenía incluso un sobre marcado con el nombre del peluquero. Ella asume su autenticidad y decide hacérsela llegar al trabajador.

En este caso, el Tribunal decidió que la entrega de la manifestación voluntad se dio de forma irregular por cuanto el declarante (esto es el empleador) , no tenía que estar confiado en que la misma llegase a la esfera del trabajador, por lo que se decidió que la misma era nula. Ahora bien, la entrada hace alusión al momento en que la declaración de voluntad (de la forma como normalmente el trafico jurídico así lo exige), arriba a la esfera de conocimiento del

---

<sup>96</sup> BGHZ NJW 1979 pág. 20-32 ss.

receptor; de tal forma que éste, bajo normales circunstancias, tenga la posibilidad de conocimiento de la manifestación de la voluntad.

Así pues, del anterior párrafo se desprende que la entrada tiene dos elementos a saber (i) el poder de conocimiento del receptor en circunstancias normales y; (ii) su normal posibilidad de conocimiento.

Todo lo que hasta aquí he explicado en referencia a la entrada de la manifestación suele reunirse bajo la categoría conceptual de “la teoría de la recepción” (*Empfangstheorie*), la cual estudia la distribución de riesgos entre el declarante y el receptor, frente al momento en que la manifestación es entregada y conocida. Así pues, el primero solo debe procurar que su manifestación llegue al poder de conocimiento del receptor. No debe entonces preocuparse de que la misma sea efectivamente conocida por aquel, por cuanto esta ya se encuentra en su poder. Toda esta teoría conceptual nos permite solucionar los casos que se nos vayan presentando al respecto:

- ¿Cuándo se entiende la entrega y entrada de una oferta escrita? Cuando la misma se encuentra en el buzón del receptor;
- ¿Y si la misma es dejada sobre el tapete de entrada de la casa del receptor? Se entiende que aquí no hay entrega puesto que no ha llegado, bajo normales circunstancias, al poder de conocimiento del receptor.

En punto de las vicisitudes que puede llegar a encontrar el declarante al entregar su manifestación, el BGH ha diseñado la figura de “las dificultades de la entrada” (*Zugangsverhinderung*)<sup>97</sup>, la cual estipula que en caso de que la entrada de la manifestación no

---

<sup>97</sup> BGHZ B137 pág. 205 ss.

se pueda hacer por causas ajenas al declarante, y en caso tal de que el receptor no haya tomado las medidas de prevención propias del hombre promedio para que en su ausencia lleguen ofertas entonces se entiende que dicha manifestación llegó efectivamente al poder de conocimiento de aquel.

De igual forma, puede ocurrir que el receptor tenga en su domicilio una persona encargada por éste para la recepción de documentos (y de manifestaciones de ofertas): dicha persona es denominada por la jurisprudencia como “mensajero del receptor” (*Empfangsbote*). También es *Empfangsbote*, todo aquel, que en virtud al tráfico jurídico se entiende como facultado por el receptor para recibir comunicaciones, por ejemplo la persona que conviva en las dependencias de aquel<sup>98</sup> (Arrendatario, compañero de piso, familiar etc.) Cuando la manifestación se entrega a esas personas, entonces se entiende que ya ocurrió la entrada.

Por último, al lado del *Empfangsbote*, se tiene al *Erklärungsbote* (mensajero del declarante). Quien es toda persona que ocasionalmente se encuentre en las dependencias del receptor (como la dama de servicio que trabaja algunos días, el jardinero, el técnico etc.) Si alguna de estas personas recibe la declaración de voluntad, entonces es su obligación hacérsela llegar, bien sea al receptor o al *Empfangsbote*, para darse por entendido que hubo entrada.

Antes de entrar a estudiar el caso colombiano. Creo muy conveniente hablar de uno de los efectos vinculantes de la oferta<sup>99</sup>: la *invitatio ad offerendum*<sup>100</sup>. Si bien este tema hace parte

---

<sup>98</sup> Es muy interesante comparar la figura del *Empfangsbote* con los encargados (o dependientes) por los receptores del título valor de la factura cambiara en Colombia, en el caso de la firma por representación presunta (ley 1231 de julio 17 de 2008). En efecto, en nuestro país estas personas son todas aquellas que conviven en las dependencias de quien debe recibir el título valor para su eventual aceptación.

<sup>99</sup> La cual, al igual que en nuestro país, se constituye como la manifestación de la voluntad dirigida a personas (determinadas o indeterminadas) para la consecución de un posible negocio jurídico) § 145 ss. BGB

<sup>100</sup> La figura tiene gran acogida jurisprudencial a continuación referencio las principales providencias que se encargan del asunto BGH NJW 1980, 1388 (1388); BGHZ 149. 129 (134)

de cómo se forman los contratos (una clase de negocio jurídico), lo cual en principio es ajeno a mi estudio, lo cierto es que el mismo tiene vital relevancia por cuanto en Colombia este tema es regulado de una forma totalmente distinta (tal y como analizaré cuando llegue al estudio de la oferta en mi país). Se entiende que la oferta es una manifestación de la voluntad encaminada a la consecución de una consecuencia jurídica (que para el caso sería la celebración de un contrato). Así las cosas, la legislación alemana predica que el declarante solo dará una oferta, al momento en que su declaración sea precisa, concreta, consiente, esto quiere decir que solo habrá obligación del declarante con su manifestación cuando su voluntad tenga esa vinculación jurídica. La *Invitatio ad Offerendum* estipula que las ofertas sin vinculación jurídica, no son en realidad verdaderas ofertas, y por lo tanto no generan obligación con el declarante. Así pues, requerimientos, invitaciones y demás, hacen parte de este grupo. Dentro de la categoría también entran los avisos publicitarios ubicados en vitrinas (o en los deparadores de supermercados) que ofrecen un producto a determinado precio. A diferencia de Colombia tales “promociones” no obligan a quienes las hacen, en Alemania los oferentes que usan estos mecanismos no están obligados a respetarlos en caso de que un consumidor quiera aceptar lo estipulado en el aviso. Otro punto que fundamenta esta figura (aparte de la falta de vinculación jurídica que acabo de explicar) es que esto protege a los comerciantes a respetar los límites de su mercancía.<sup>101</sup> También son casos de la *invitatio ad Offerendum* los catálogos, anuncios de periódico, precios en las cartas de los restaurantes etc.

---

<sup>101</sup> En ocasiones suele ocurrir que un vendedor ofrece un número de productos a menor precio, pero puede pasar que la demanda de aquel bien sea tan grande que en un instante el stock que tenía para soportar la oferta se acabe. Para no ubicar al vendedor en una situación claramente de desventaja se diseñó la *Invitatio ad offerendum*.

### 3.1.2. En Colombia.

Antes que nada debo aclarar, que nuestra legislación (más que todo en la comercial) se ha encargado con buen detenimiento del momento en que se forma el consentimiento, es decir desde que la declaración de voluntad se vuelve vinculante para las partes. Así las cosas, el Código de Comercio en sus artículos 845 (y siguientes), dice que la manifestación de la voluntad dirigida bien sea a personas determinadas o indeterminadas para la consecución de un negocio jurídico es llamado como propuesta. La que se hace a personas determinadas se denomina como oferta, y la dirigida a indeterminadas policitación. (Monsalve, 2010).

En punto de la oferta, el artículo 845 C. Co. Se encarga de su regulación: “**ARTÍCULO 845. OFERTA ELEMENTOS ESENCIALES.** La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”

En cuanto al valor de la oferta (frente a su vinculación jurídica), existen dos corrientes doctrinarias: la primera afirma (de modo similar a la *invitatio ad Offerendum* alemana) que por ser un acto unilateral y general no es fuente de obligaciones (escuela clásica). En contraposición, la segunda afirma que en efecto el hecho de que sea un negocio jurídico unilateral, lo hace acreedor de obligaciones frente al declarante que hace el negocio (escuela moderna). El artículo 846 C.Co., deja ver fehacientemente que en Colombia se aplica esta última: “**ARTÍCULO 846.**

**IRREVOCABILIDAD DE LA PROPUESTA.** La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.” (Subrayado fuera del original).

Entonces, teniendo en cuenta que la oferta en nuestro país si es vinculante<sup>102</sup>, solo falta ver el tiempo que tiene el receptor de la misma para su pronunciamiento. Si la oferta es verbal, se debe aceptar inmediatamente, si es escrita, depende del lugar donde viva el receptor, si vive en el mismo lugar que el declarante serán 6 días, si en cambio vive en lugar distinto se adicionara a dicho término el requerido para la recepción del documento.<sup>103</sup>

Respecto a la policitación hay eventos en que la misma obliga y eventos en donde no lo hace, esto es objeto de regulación del Código de Comercio. El artículo 847 *ejusdem* habla de las ofertas de mercaderías: las que se hacen a personas determinadas si es obligatoria (a menos de que el declarante haga salvedad de lo contrario); las realizadas a personas indeterminadas (es el caso de la *Invitatio ad Offerendum*) no son obligatorias. Sin embargo con la entrada en vigencia de la ley 1480 de 2011 (el estatuto del consumidor) este criterio cambia sustancialmente. Precisamente, los artículos 29 y siguientes le dan el carácter vinculante a la oferta hecha a personas indeterminadas, es decir que las ofertas hechas a las mismas (circunscritas por el estatuto como condiciones de publicidad), deben ser respetadas por sus declarantes. Es de notar que la Delegatura de protección al consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha sido determinante en obligar a los declarantes con su oferta. En efecto, el informe anual del año 2013 de dicha entidad da cuenta de que uno de los motivos por los cuales se ha sancionado a los comerciantes ha sido tanto la publicidad engañosa (con 35 sanciones a un

<sup>102</sup> En Alemania el efecto de la vinculación de la oferta se da en términos generales, primero cuando se respete la entrega y la entrada, segundo que no incurse en los eventos de la *Invitatio ad Offerendum*.

<sup>103</sup> La recepción, también es entendida como el momento en que llega al poder de conocimiento de aquel.

monto ascendente a los \$ 1.427.769.00) como de promociones y ofertas (con 24 sanciones equivalentes a \$ 1.085.269.500.00)<sup>104</sup>.

Por lo anterior, a pesar de que el Código de Comercio afirme que la oferta de mercaderías realizada a personas indeterminadas no obliga, el estatuto del consumidor y la misma SIC han dejado por sentado todo lo contrario. Recuerdo al lector que en este punto, el país germano (con la *Invitatio ad Offerendum*) dispone de algo totalmente distinto.

El artículo 856 C.Co. Habla de la oferta pública de recompensa, la cual también obliga si se llenan los requisitos que en ella se disponen<sup>105</sup>. La aceptación de la oferta (art. 855 C.Co.) no debe estar sujeta a condiciones, puesto que esto refiere a una nueva oferta realizada por el receptor de la primera.

Ahora bien, respecto de la oferta realizada a personas ausentes, el Código de Comercio (art. 864) acoge la regulación alemana al afirmar que la oferta solo debe entrar en el campo de conocimiento del oferente sin importar si se notifica del contenido de la comunicación.

### 3.2. Negocio Jurídico Ineficaz.

Este es el último apartado de mi tesis, y uno de los más relevantes de mi estudio de investigación. Como he advertido en varias ocasiones, el tema se torna delicado en el ámbito

---

<sup>104</sup> Información extraída del informe de la Superintendencia de Industria y Comercio “Informe sobre las sanciones impuestas a normas sobre la protección al consumidor en el año 2013”. [http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Informe\\_Consolidado\\_Sanciones\\_2013.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Informe_Consolidado_Sanciones_2013.pdf)

<sup>105</sup> Esta figura es equiparable a la del *Auslobung* del § 657 BGB.

colombiano, toda vez que en nuestro país hay disparidad frente a los estados de eficacia del negocio jurídico. Sea lo primero aclarar que he decidido emplear el adjetivo de “eficaz” para designar las eventuales vicisitudes que detenta el *Rechtsgeschäft* frente al proceso su proceso de formación. Precisamente la real academia de la lengua española define al sustantivo “eficacia” como: “(Del lat. *efficacia*). 1. f. Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.” (Real Academia Española, 2014).

Así las cosas, y como se ha dicho con el debido detenimiento en el capítulo anterior, la finalidad del negocio jurídico es la de crear modificar o extinguir una relación jurídica, o más precisamente, de generar una consecuencia jurídica (tal y como se desprende de las definiciones alemana dadas al *Rechtsgeschäft*). Por lo anterior en este apartado estudiaré los eventos en los cuales el negocio jurídico no alcanza a generar efectos, o que cuando los genera, los mismos se mantienen inestables y con la virtualidad de ser destruidos. A continuación comparto la definición dada por Edgar Ramírez Baquero frente al tema, la cual considero muy oportuna para mi trabajo.

En términos breves, sumarios, se concluye que un ente negocial es eficaz cuando es apto, idóneo, vigoroso, adecuado, eficiente, etc., para producir efectos negociales estables; es decir, para dar origen a secuelas que, relevantes para el derecho, no están expuestas a vicisitudes que eventualmente susciten su declinatoria o decaimiento. *A contrariu sensu*, es ineficaz este tipo de ente cuando adolece de esta vocación para desatar efectos negociables sólidos, perdurables. (Baquero, 2008, 85)

### 3.2.1. En Alemania.

Antes que nada, debo dejar de presente que a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en Alemania (y otros países europeos como España, Suiza entre otros) se concibe a la nulidad como un solo ente sin divisiones, es decir sin la distinción que aquí se hace sobre nulidad y anulabilidad. Por lo anterior, es claro que el tema de las ineficacias del negocio jurídico en la legislación germana se torna más fácil de entender. Además de lo que se ha dicho, en el país europeo tampoco se conoce la figura de la inexistencia puesto que esta es importación propia del *Code Civil*. No obstante, lo anterior no es argumento suficiente para concluir que en este tema los países objetos de parangón son totalmente distintos. Si bien existen disimilitudes sustanciales, lo cierto es que, y como se verá a continuación, muchos temas adquieren grandes semejanzas en ambas legislaciones.

Ahora bien, para el entendimiento de la materia se hace imprescindible revisar primero el tema de los incapaces (en alemán *Geschäftsfähigkeit*), toda vez que el mismo es una de las principales fuentes de invalidez en Alemania. Sin embargo aclaro que no voy a ser muy expedito aquí, por cuanto este tema (derecho civil personas) no hace parte de mi investigación o por lo menos no es objeto directo de la misma.

### 3.2.1.1. Nociones generales de la Incapacidad en Alemania de conformidad con los §§ 104 y siguientes del BGB.

El legislador alemán también ha protegido de forma especial a todas aquellas personas que por edad o por circunstancias psíquicas o físicas tienen o pueden tener problemas para celebrar negocios jurídicos, más específicamente en declarar su voluntad. Es por ello que el BGB dispuso de una capacidad dividida en dos fases<sup>106</sup> las cuales, en su conjunto, se refieren a las facultades que puede tener la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La primera es la *Rechtsfähigkeit* (que para nuestro país sería la capacidad de goce) la cual, de conformidad con el § 1 BGB inicia con el nacimiento de la persona y termina con su muerte. Al lado de la capacidad de goce también se tiene la *Geschäftsfähigkeit* (capacidad de ejercicio), la cual significa: “La capacidad, para celebrar por sí mismo negocios jurídicos validos (Richter, 2010, 65)<sup>107</sup>”, la cual por regla general (y de conformidad con el § 104 Numeral 1 BGB) inicia después de que se haya terminado de tener el décimo séptimo año de nacimiento<sup>108</sup>. También son incapaces de ejercicio los que sufran de alguna anomalía psíquica. Creo oportuno reseñar el concepto dado por el catedrático Winfried Boecken en su obra del año 2012 sobre la incapacidad de goce (que es la que nos interesa para el tema de los negocios jurídicos y su invalidez):

Incapacidad de ejercicio, considerada como el contrario de la categoría conceptual de la capacidad de ejercicio, significa que una persona, dentro del tráfico jurídico, no puede por sí misma ni declarar ni recibir una declaración que vincule jurídicamente. Dichas

<sup>106</sup> Aclaro que en realidad deberían ser tres clases la llamada *Deliktsfähigkeit* (Capacidad de responsabilidad).

<sup>107</sup> Traducido del original: “*Fähigkeit, selbstständig wirksame Rechtsgeschäfte vorzunehmen*” (Richter, 2010, 65)

<sup>108</sup> Parafraseado de la ley : „(...) wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, (...)“ (BGB, § 104)

personas son incapaces de ejercicio, y están reguladas en el § 104.<sup>109</sup> (Boecken, 2012, 219).

El § 105 BGB inciso primero dispone que por regla general el negocio jurídico celebrado por un incapaz de ejercicio (en adelante lo denominaré simplemente como incapaz) repercute en la invalidez de la declaración de la voluntad, y por ende del negocio jurídico. A diferencia de nuestro país, en Alemania se tiene una legislación bastante compleja en cuanto a los efectos de los negocios jurídicos realizados por incapaces. A continuación expongo muy brevemente las más importantes excepciones al § 105 BGB:

- El § 105a BGB dispone que los incapaces por alguna perturbación psíquica (y que ya sean mayores de edad) pueden por sí mismos prestar una declaración de voluntad en caso de que se trate de un “negocio de la vida cotidiana” (“*Geschäfte des täglichen Lebens*”), es decir aquellos pequeños negocios que se ejecuten con la inversión de muy pequeños recursos (Verbigracia, todos aquellos negocios que se hacen con un tendero y no requieren el pago de grandes sumas de dinero).
- Existe también una subcategoría denominada como “capacidad restringida” (*Beschränkte Geschäftsfähigkeit*), la cual también se constituye como una excepción a la regla del § 104 BGB, y que en términos demasiado generales mantiene las siguientes reglas:

---

<sup>109</sup> Traducido del original „Geschäftsunfähigkeit bedeutet als **Gegenstück zu dem Begriff der Geschäftsfähigkeit**, dass eine Person im Rechtsverkehr nicht selbständig auftreten und rechtsverbindliche Erklärungen abgeben und empfangen kann. Welche Personen gesschäftsunfähig sind, regelt § 104. “ (Boecken, 2012, 219)“

- Según el § 107 BGB son válidas las declaraciones de voluntad prestadas por un menor de edad, en todos aquellos negocios jurídicos que presenten únicamente ventajas para el menor.
- El § 182 y siguientes BGB estipulan que es válida la declaración de voluntad de un incapaz cuando la misma se presenta con la aprobación (*Zustimmung*) del representante legal.
- El §107 BGB maneja los casos en que el incapaz preste su declaración de voluntad sin la debida *Zustimmung* que acabo de referenciar. En tales casos, el representante legal tiene el deber de ratificar a o no (En alemán la figura se llama *Genehmigung* aunque su traducción exacta no corresponde a la palabra “ratificación) dicho negocio. Incluso el mismo incapaz puede hacer uso de la ratificación en caso de que su impedimento comprenda la menoría de edad; en tal caso solo podrá ratificar por sí mismo cuando tenga los 18 años.
- El § 110 BGB es comúnmente llamado como el parágrafo del dinero propio (“*Taschengeldparagraph*”), según el cual un incapaz puede declarar su voluntad lícita sin la intervención de su representante legal, cuando, entre otras cosas, los recursos que tiene para la ejecución del negocio son propios del incapaz .

En los tres últimos casos acabados de nombrar se tiene la figura de negocio jurídico pendiente (“*Schwebend Unwirksam*”), esto es que el *Rechtsgeschäft* es válido y tiene plenos efectos hasta tanto no se cumpla una condición (bien sea resolutoria o suspensiva según sea el caso). Este ítem puede tener cierta similitud con lo que el doctrinante Colombiano Edgar Ramírez Baquero en su obra de 2008 denomina como “negocio jurídico ineficaz en estricto sentido”.

### 3.2.1.2. *El negocio jurídico ineficaz.*

Primero que todo debo advertir al lector que para el entendimiento de este apartado se requiere tener presente todo lo que hasta el momento se ha dicho sobre las generalidades del negocio jurídico en Alemania. Bajo este sentido, debo aclarar que los temas anteriormente vistos<sup>110</sup>, si bien son necesarios para la configuración del *Rechtsgeschäft*, lo cierto es que no son los únicos que se deben observar a la hora de evaluar la nulidad de la misma. Así las cosas el BGB denomina a todos estos negocios que no cumplen estos requisitos como “ineficaces” o “deficientes”. A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, la legislación alemana solo habla de una especie de nulidad, la cual es clasificada por la ley en cuatro categorías de conformidad con la intensidad de la sanción que cada una conlleva: negocio jurídico nulo; negocio jurídico con eficacia pendiente; negocio jurídico con ineficacia relativa y; negocio jurídico impugnabile (Boecken, 2012). A continuación me referiré a las categorías más importantes, esto es a la nulidad y a la impugnabilidad (Dejo de presente que hace un momento acabo de hablar del *Rechtsgeschäft* con eficacia pendiente).

---

<sup>110</sup> Es decir la declaración de voluntad y cada sus respectivos requisitos tanto en la esfera interna como en la esfera externa; las reglas para la entrega y la entrada de la misma en las declaraciones de voluntad presentadas ante receptores necesarios; la capacidad de ejercicio y las distintas reglas que se tienen frente a la incapacidad relativa; entre otros (como por ejemplo, algunos negocios jurídicos requieren de formalidades especiales al igual que en nuestro país).

### 3.2.1.2.1. *Negocio Jurídico Nulo*<sup>111</sup>

La nulidad repercute en que el negocio jurídico se torne ineficaz y por ende que el mismo no haya generado efecto jurídico alguno (Larenz, 2012). A diferencia de lo que ocurre con el negocio jurídico de ineficacia relativa, la nulidad tiene efectos *erga omnes*. En Alemania no se necesita de declaración judicial que reconozca la nulidad en los negocios jurídicos “impugnables” (que en términos generales son todos aquellos que ostenten nulidad relativa. En el siguiente apartado explicare de mejor forma este aspecto), en los demás casos (como en el presente, es decir en los negocios jurídicos nulos), al igual que en nuestro país si se requiere de la decisión del juez, que debe ser emanada de oficio<sup>112</sup>. En términos generales, se tienen dos causas básicas que conllevan a la nulidad: (i) Nulidad por voluntad y declaración consiente y desintegrada y (ii) Nulidad por motivos de contenido. A continuación me referiré brevemente de cada una de ellas.

- Nulidad por voluntad y declaración consiente y desintegrada <sup>113</sup>, surge por las discrepancias entre el contenido interno y el contenido externo de la declaración de voluntad. Se encuentra regulado en el BGB del parágrafo 116 al 118. Básicamente son cuatro las categorías que esta causa tiene:
  - Reserva mental<sup>114</sup> (§ 116 BGB), se da cuando el declarante expresa su voluntad de forma distinta, a lo que realmente quiere (es decir la esfera interna). Para el caso se necesita siempre que la persona receptora de dicha declaración no tenga

<sup>111</sup> Traducido del alemán: “*Nichtige Rechtsgeschäft*”

<sup>112</sup> BGHZ 107, 268.

<sup>113</sup> Traducido del alemán: “*Nichtigkeit bei bewussten Auseinanderfallen von Wille und Erklärung*”

<sup>114</sup> Traducido del alemán “*Geheimer Vorbehalt*”.

conocimiento de esa disparidad. Lo anterior, debido a que esta norma busca proteger la seguridad jurídica y la buena fe del receptor.

- Simulación<sup>115</sup> (§ 117 BGB). Este es el típico caso de la falta de *Erklärungswille* de los declarantes. Se da cuando una parte presta su declaración de voluntad ficta, es decir que tanto declarante como receptor fingen entregar y recibir dicha declaración. Igualmente, todos los negocios que se engendren en razón del negocio simulado también se entenderán como nulos.
- Falta de seriedad<sup>116</sup> (§ 118 BGB), se da cuando el declarante presta una declaración, la cual se hace sin ningún fundamento o motivación que pretenda hacer vincular al mismo a un negocio jurídico. Verbigracia, las ofertas que se hacen en medio de una broma, las invitaciones cordiales y la cortesía, las exposiciones teatrales entre otros.
- Nulidad por motivos de contenido.<sup>117</sup> Se puede decir que este es el motivo más general que tiene la legislación alemana para la nulidad del acto o negocio. Son dos categorías que surgen de esta causa:
  - Transgresión de una prohibición legal<sup>118</sup> (§ 134 BGB), se da cuando se pacta un acto o negocio jurídico que va en contra de una norma que establezca una sanción. Para que el *Rechtsgeschäft* adquiera esa nulidad, se requiere una interpretación de la norma correlativamente con el caso particular, en relación al sentido y objetivo (en alemán “*Sinn und Zweck*”) de la primera. Bajo el concepto de “prohibición legal” se tiene toda norma que no permita ciertos pactos en un

---

<sup>115</sup> Traducido del alemán: “*Scheingeschäft*”

<sup>116</sup> Traducido del alemán: “*Mangel der Ernstlichkeit*”

<sup>117</sup> Traducido del alemán “*Nichtigkeit aus inhaltlichen Gründen*”

<sup>118</sup> Traducido del alemán: “*Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot*”

negocio jurídico. Generalmente, y en razón al principio de abstracción, la nulidad de un negocio de obligación no repercute en la nulidad de uno de disposición.

- Transgresión contra las buenas costumbres<sup>119</sup> (§ 138 BGB), a diferencia de la anterior categoría, ésta se da cuando el negocio transgrede los principios más importantes que tienen la sociedad en aquel momento. En efecto, y según la jurisprudencia del BGHZ, el § 138 BGB regula “una cláusula general” respecto de las buenas costumbres, la cual debe ser entendida como un “sentimiento moral encaminado al pensamiento justo y equitativo”<sup>120</sup> (Boecken, 2012) El inciso primero del párrafo en comento debe cumplir con dos requisitos para que un negocio jurídico pueda ser visto como nulo: que el mismo viole los principios de la cláusula general y; que el o los contratantes sean conscientes de que con su compromiso están transigiendo en contra de las buenas costumbres. El inciso segundo del § 138 BGB menciona algunos de los casos más representativos respecto de la transgresión de las buenas costumbres, entre los más destacados se tienen: Pactos que atenten contra la unidad y la moral de la familia, Comercialización de bienes ligados a la dignidad humana (por ejemplo en relación a la sexualidad o a la negociación de órganos humanos), transgresiones contra el nombre o valor de sociedades o personas, usura (muy parecido a los negocios jurídicos rescindibles en Colombia –más adelante aclarare este ítem-) entre otros. En términos generales, la consecuencia de los negocios jurídicos que transgreden en contra de las buenas costumbres es la nulidad. En atención al principio de abstracción, generalmente esta nulidad solo atañe al negocio de

---

<sup>119</sup> Traducido del alemán: “Sittenwidrigkeit”

<sup>120</sup> BGH NJW 1990, 703, (704).

obligación, y no al de disposición<sup>121</sup>. Sin embargo en relación a los casos de usura, la nulidad se predica del negocio tomado como unidad, es decir tanto del de obligación como el de disposición (§ 138 inc. 2º BGB).

Finalmente también existe una excepción regulada en el § 139 BGB, en virtud del cual un negocio jurídico que (i) sea unitario o uniforme (aquí siempre se tienen en cuenta los preceptos del principio de abstracción) y, (ii) no tenga la virtualidad de ser dividido (es que decir que las partes estén de acuerdo que se pueda desechar únicamente la parte que genera la nulidad, y de esa forma mantener el fragmento del negocio que este “sano”), puede ser declarado nulo en forma parcial (*Teilnichtigkeit*). Así las cosas, para los casos relatados hasta este punto<sup>122</sup> tendrán que ser sujetos a decisión judicial (que debe ser proferida de oficio) para que cesen los efectos de dichos actos.

#### 3.2.1.2.2. *Negocio Jurídico Impugnable*<sup>123</sup>

Antes que nada dejo de presente que este tema ya fue analizado con detenimiento en el capítulo anterior (véase el apartado “2.5.1. *En Alemania.- El Gran Acierto de la Figura de la Impugnación Alemana.-*”), por lo cual solo mencionare algunos aspectos adicionales. Para el estudio de esta figura se debe partir de la idea de la existencia de un negocio impugnable. Es

<sup>121</sup> Para estos casos, el o los afectados con la validez del negocio de disposición, pueden invocar el derecho a la restitución del parágrafo 812 BGB, el cual he explicado en el capítulo anterior.

<sup>122</sup> Es decir los casos en que el negocio jurídico se vea afectado por nulidad (bien sea por la carencia de la capacidad necesaria, o en los eventos descritos en el presente apartado).

<sup>123</sup> Traducido del alemán: “*Anfechtbares Rechtsgechäft*”

decir que el mismo necesita siempre haber nacido a la vida jurídica (§ 142 BGB). En términos generales los requisitos de la impugnación son dos: la declaración y los motivos.

En primer lugar, hay que precisar que la impugnación se configura como un derecho dispositivo, en tanto que hasta que no se emita una declaración de voluntad, no podrá generar efecto alguno. Así las cosas el § 142 BGB dispone que dicha declaración debe estar sujeta a todas las reglas generales (este tema ya fue revisado en el capítulo dos de este trabajo). El segundo requisito es la motivación de la impugnación, la cual se divide en tres casos a saber:

- Primer caso del § 119 inciso primero BGB. Aquí se requiere de un error de contenido (*Inhaltsirrtum*), el cual es la discrepancia entre lo que objetivamente es y el deseo subjetivo (lo realmente querido). Igualmente debe existir el nexo causal entre el error y la manifestación de la declaración de voluntad.
- Segundo caso del § 119 inciso primero BGB (en conexidad con el § 120 BGB). Debe existir un error en la declaración (es decir que se dio la manifestación de voluntad sin poder entender en realidad el contexto en que se prestó la misma-como por ejemplo cuando el problema radica en el lenguaje usado-. En alemán se llama *Erklärungsirrtum*). Aquí también es necesario la casualidad entre el error y la manifestación de la declaración de voluntad.
- El error sobre las cualidades (§ 119 inciso segundo BGB). Este error radica tanto en las características de la cosa u objeto del negocio (lo que en Colombia sería el error *in Corpore* (art. 1510 C.C.) y el error *in substantiam* (art. 1511 C.C.)), como en las calidades de la persona con quien se contrata (Error *intuitu personae* en nuestro país (art. 1512 C.C.)). Dichos errores deben ser los que comúnmente deben ocurrir en el diario del tráfico jurídico, y además también se requiere del nexo causal.

- La impugnación del § 123 BGB. Esta norma contempla los casos de engaño malintencionado (*arglistige Täuschung*), y de amenaza ilícita (*widerrechtliche Drohung*), a los que se ve sometido el emisor de la declaración de voluntad.
  - El § 123 inciso 1 del BGB establece tres requisitos a saber: Engaño, malintencionado, y causalidad. El primero es la producción de un error, que surge a partir de la actuación u omisión de un tercero. Ese engaño debe ser malintencionado, esto es que el sujeto productor del mismo debe tener conocimiento y voluntad de que su actuar va a ocasionar el malentendido (lo que en Colombia se conoce como dolo<sup>124</sup>), se hace necesario que ese engaño sea el que cause que la contraparte entregue su declaración de voluntad (a lo anterior se le conoce como el nexo causal entre el engaño y la declaración de voluntad).
  - El segundo caso ( que también se encuentra en el § 123 inciso 1BGB), dispone que exista fuerza o amenaza (ilegal) de una parte contra otra, que a raíz de esa “violencia” entregue su declaración de voluntad.

Como bien se acaba de decir, la impugnación es un derecho de disposición, por lo tanto el mismo cuenta con un término de *prescripción*<sup>125</sup> para su ejercicio. El § 124 inciso primero BGB dispone que sea de un año para los casos del § 123 (Contado a partir de que cese el vicio). Para el resto de los casos el declarante debe impugnar el negocio de inmediato (después de tener conocimiento del motivo de la impugnación).

---

<sup>124</sup> El dolo (*Vorsatz*) en Alemania tiene un campo de acción un tanto más amplio que en nuestro país. Sin embargo, me permito aclarar que este engaño malintencionado hace parte del concepto del dolo en Alemania.

<sup>125</sup> He escrito la palabra “prescripción” en letra cursiva por cuanto en alemán esa palabra (*Verjährung*) tiene un lineamiento legal distinto que en Colombia. En efecto, mientras nuestra legislación contempla las figuras de la Caducidad y de la Prescripción, en Alemania se tiene la *Verjährung* y la *Frist*, que aun cuando poseen efectos similares que los de sus pares colombianos, son contemplados de forma distinta.

Hay que dejar en claro que dentro de los motivos de la impugnación no se cuenta con la falta de la causa (o error de motivación –*Motivirrtum*–) ni tampoco el error de derecho (*Rechtsfolgeirrtum*); Así las cosas, los negocios jurídicos que detenten cualquiera de estas dos deficiencias no podrán ser objeto de impugnación. Como había dicho en el segundo capítulo de este trabajo, los efectos de la impugnación (§ 142 BGB) son la nulidad del negocio con efectos *ex tunc* sin necesidad de sentencia judicial y además la posibilidad de indemnización de perjuicios (§§ 119, 120 BGB).

### 3.2.2. En Colombia.

Para la exposición del tema que me ocupa, he decidido hacer una división, esta primera parte para explicar las categorías conceptuales que se usan dentro del tema de la ineficacia del *Rechtsgeschäft*. En la segunda parte, me adentraré en el estudio específico de las consecuencias que cada estado de ineficacia conlleva.

#### 3.2.1.1. Nociones terminológicas.

Primero que todo debo aclarar que la clasificación que a continuación concibo (la cual ha sido resultado del estudio del Código Civil, el Código de Comercio, y la doctrina más representativa de nuestro país) ha sido desarrollada pensando en su fácil entendimiento, puesto que así debería ser, verbigracia tenemos la simple y efectiva clasificación dada por los Alemanes al tema de las vicisitudes del *Rechtsgeschäft*. Antes de dar a conocer la clasificación que he hecho sobre los estados de ineficacia del negocio jurídico, he decidido revisar primero lo que la ley Colombiana (que para el caso sería el Código Civil y el Código de Comercio) dispone frente al tema.

Recuerdo al lector que nuestro Código Civil (y de conformidad con el artículo 1501 *ejusdem*) ha sido fuertemente influenciado –en forma-<sup>126</sup>, por el *Code Civil*. En efecto, nuestra legislación acoge la clasificación de los elementos del negocio jurídico en esenciales y no esenciales. Así las cosas, el artículo 1501 C.C. estipula que para los contratos (clasificación principal que se tiene del *Rechtsgeschäft*) existen (i) los elementos esenciales (“(...) aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en un contrato diferente; (...)” (Código Civil Colombiano, artículo 1501)), (ii) los no esenciales o llamados por la ley como de naturaleza (“(...) las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial (...)” (Código Civil Colombiano, artículo 1501)), y (iii) los puramente accidentales (“(...) aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan por medio de cláusulas especiales.” (Código Civil Colombiano, artículo 1501)).

A partir de lo descrito en el párrafo anterior, la legislación civil comienza a desarrollar los estados de ineficacia del negocio jurídico. En punto de los elementos esenciales se distinguen

---

<sup>126</sup> Dejo de presente que dicha concepción fue desarrollada en la parte final del primer capítulo de este escrito, en donde hago un comentario crítico sobre la forma de como Andrés Bello se dejó Influenciar frente al tema de la teoría general del negocio jurídico.

los (i) generales, es decir los que deben ser comunes a todo negocio jurídico, y los (ii) particulares que se desprenden de cada negocio específico. Los primeros son:

- La declaración de la voluntad de la persona o de las personas que intervienen como declarantes en el *Rechtsgeschäft*;
- La Capacidad de los declarantes (dependiendo del tipo o clase de capacidad que requiera el negocio particularmente considerado)
- Objeto del negocio

Por su parte, los segundos son todas aquellas formalidades propias de cada negocio a realizar, por ejemplo, en la compraventa de bienes inmuebles además de la estipulación del precio y la cosa, se requiere que la venta se realice bajo escritura pública registrada en la respectiva oficina de registro de instrumentos públicos. La carencia de uno o más elementos esenciales (bien sea generales o particulares) repercute en la mencionada inexistencia del negocio jurídico. Adelanto que me encuentro en oposición con dicha designación, por cuanto la mencionada inexistencia ha sido importada de mala forma en nuestra legislación y además tanto su génesis epistemológico como sus efectos la hacen ver como un ente distinto a los previstos para los negocios jurídicos ineficaces.

El segundo estado de ineficacia según el Código Civil corresponde a la nulidad. Precisamente, el artículo 1740 C.C., dispone que “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe (...)” (C.C., Art.1740). *Grosso modo* la nulidad es en realidad uno de los estados de ineficacia por cuanto la misma es una afectación que se le impregna al negocio jurídico y no le permite al mismo generar ese cumulo de efectos que podría desarrollar si fuera eficaz, o bien desarrollándolos, los mismos no tienen la suficiente estabilidad

de permanecer. En Colombia se requiere de la debida declaración judicial para que el acto pueda ser denominado como “nulo” (Art. 1742 C.C.)

Creo que este es el momento oportuno para denunciar la gran falencia que comete nuestro legislador en el ámbito civil (y comercial como adelante se verá) en cuanto a la confusión que se tiene sobre la inexistencia y la nulidad. No se entiende porque se tienen dos figuras, que en apariencia son distintas, pero que sus efectos son los mismos. El desacierto terminológico ha sido tan latente que la misma sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que dicha distinción no tienen utilidad alguna<sup>127</sup>.

En primer lugar, la inexistencia ha sido definida por la Real Academia de la Lengua española de forma contraria, esto es, a partir de lo que no se circunscribe bajo el término “inexistencia”: “1. f. Falta de existencia.” (Real Academia Española, 2014). Por su parte la misma organización tiene como una de las definiciones de “existencia”: “3. f. *Fil.* Por oposición a esencia, realidad concreta de un ente cualquiera. En el léxico del existencialismo, por antonom., **existencia** humana”. (Real Academia Española, 2014). Así las cosas, aplicando las anteriores definiciones al *Rechtsgeschäft* se tiene que un negocio jurídico falto de existencia, es aquel no concretizado en un ente, es decir en algo perceptible bien sea en el mundo sensorial o supra sensorial. Si sabemos que la inexistencia se circunscribe en la ausencia de algo, entonces el negocio jurídico inexistente es precisamente eso: la ausencia de un negocio jurídico. De lo anterior resulta ilógico afirmar que algo que exista pueda siquiera crear efectos. A modo de ejemplo deseo traer a colación el artículo 90 del Código Civil, el cual habla de la existencia de las personas. Como bien se sabe, la existencia legal de toda persona (en el ámbito privado) inicia

---

<sup>127</sup> Al respecto, véase la sentencia de Casación de la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 1984.

desde el momento de la separación total del vientre materno con signos de siquiera haber vivido un instante. Incluso, la jurisprudencia ha extendido el campo de protección con la introducción del *nasciturus*<sup>128</sup> (que surge desde su concepción). Entonces, el no nacido o el que ni siquiera es *nasciturus* (es decir la no persona o la inexistente) no tiene protección alguna ni tampoco genera efectos, por cuanto no se predica siquiera su existencia. Lo mismo se puede decir de un negocio jurídico inexistente es decir que no tiene efecto alguno, motivo por el cual no entra dentro de la definición de eficacia que arriba relacioné. Mucho menos podría hacerse acreedor al apelativo de ineficaz, por cuanto de la inexistencia no se puede desarrollar efecto alguno.

Ahora bien, de igual forma que como ocurre con el artículo 90 *ejusdem*, en donde no se habla de “persona inexistente” por cuanto su semántica es ilógica, creo que tampoco se debe hablar de “negocio jurídico inexistente” por los mismos motivos. Al respecto me incorporo a la hipótesis de Edgar Ramírez Baquero al calificar estas situaciones como “estados o situaciones de inexistencia” (Baquero, 2008, 25), ya que con esta designación se evita el equívoco. De acuerdo con este autor: “(...) la inexistencia negocial significa que los sujetos de derecho que participan en un proceso constructivo de un negocio jurídico (etapa prenegocial) no han recorrido a plenitud, en su totalidad, el supuesto de hecho de la norma jurídica que reconoce y autoriza que la voluntad de la persona sirva como fuente de relaciones jurídicas.” (Baquero, 2008, 25)

En segundo lugar, la invalidez del negocio jurídico nace como respuesta a los desmanes ejecutados durante el siglo XIX e inicios del XX con ocasión de la desbordada importancia que

---

<sup>128</sup> Entre las muchas sentencias que se tienen frente a este tema, recomiendo al lector dirigirse a la sentencia de tutela de la Corte Constitucional T 223 del 18 de mayo de 1998

en su momento se le dio a la teoría de la autonomía de la voluntad<sup>129</sup>, en donde la libertad contractual permitía que se pactaran contratos ostensiblemente injustos; por lo anterior fue que la teoría declaracionista ayudo a estipular que todo negocio jurídico necesitaba del beneplácito del Estado para adquirir su legitimidad. En efecto y como referencie arriba, el artículo 1740 C.C., establece que la nulidad (resultado al que puede llegar todo negocio jurídico invalido) surge a raíz de la falta de algún o de algunos de los requisitos que el legislador conviene. De esta forma, un negocio jurídico invalido es aquel en donde la parte o las partes no han obedecido uno o más requisitos o imperativos legales, lo cual repercute en que los efectos que puede generar el *Rechtsgeschäft* no son estables ni permanentes, es decir que dicho negocio tiene la virtualidad de ser destruido. Ahora bien el grado de ofensa o afrenta hecha al orden público con el desobedecimiento de los requisitos de ley tenidos para la formación del negocio jurídico determinado, establece si la nulidad es absoluta (o simplemente nulidad), o relativa (o anulabilidad), la primera se predica en caso en que se hayan violados normas imperativas o se genere una afectación a las buenas costumbres; la segunda cuando se afectan normas de orden público que protegen a los sujetos que participan en el negocio jurídico. Lo que acabo de relatar de la nulidad es aplicado de igual forma en el ámbito comercial.

De lo anterior se concluye la existencia del error cometido en el Código Civil respecto a que, primero se introdujo la inexistencia como un estado de ineficacia “no oficial” del negocio jurídico, y segundo se equipararon los efectos de la misma a las arrojadas por las situaciones de invalidez del *Rechtsgeschäft*.

---

<sup>129</sup> Al respecto recomiendo al lector remitirse al primer capítulo de este documento, en donde relato el auge y declive de la teoría de la autonomía de la voluntad

En otro orden de ideas, es típico de nuestro país que el mismo tema se encuentre regulado dos veces en Códigos Distintos<sup>130</sup>. En efecto, la teoría general del negocio jurídico se encuentra reglada tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, en donde dicha relación es un tanto problemática por cuanto los dos compendios establecen, en algunas partes, cosas distintas. Así pues, el C.Co., en el inciso segundo del artículo 898 defiende la categoría de la inexistencia como una de los estados de ineficacia del negocio jurídico. Al igual que como denuncie anteriormente frente a lo estipulado en el C.C., ésta no se puede circunscribir dentro del tema que nos ocupa, puesto que ni siquiera ha nacido, no tiene virtualidad de generar efecto alguno, además debería llamarse “estados o situaciones de inexistencia” (Baquero, 2008, 25).

Sin embargo, es pertinente resaltar el acierto del C.Co., al referir unos efectos distintos de la inexistencia respecto de la invalidez. Precisamente, la inexistencia no produce efecto alguno y por ende no requiere de la declaración judicial, el obrar del juez en este punto solo se limita al reconocimiento de dicho estado.

Es interesante revisar la figura propia del derecho Colombiano denominada como “ineficacia de pleno derecho”, la cual, si bien se asemeja en demasía con la de la inexistencia en casi todos sus aspectos, es distinta en cuanto a que las causales que la originan están reguladas en la ley de forma taxativa (art. 987 C.Co.). Personalmente encuentro acertado el crear una figura como la que estoy comentando, toda vez que permite la simplificación del derecho y por ende la descongestión de los trámites judiciales, ya que se omite la declaración judicial en los casos en que exista un negocio jurídico impugnado. No obstante, creo que lo oportuno aquí

---

<sup>130</sup> Por ejemplo en Alemania el *Handelsgesetzbuch* (HGB) o Código de Comercio, se encarga de regular lo que debe legislar, es decir su articulado trata temas como el del comerciante y sus obligaciones, las sociedades comerciales, los libros de comercio, algunos negocios propios del derecho comercial, entre otros. Temas exógenos como el de la teoría general de los negocios jurídicos son dejados exclusivamente en el BGB.

tuvo que haber sido eliminar la categoría de la “inexistencia” y subsumir los efectos de la misma en la de “ineficacia de pleno derecho”.

El tercer estado de ineficacia regulado en el Código de Comercio es el de la invalidez, el cual es nulidad (o nulidad absoluta) y anulabilidad (nulidad relativa). Ontológicamente, esta figura es idéntica de la que se predica en el Código Civil, por lo tanto recomiendo al lector tener presente lo dicho arriba en punto de la invalidez. No obstante y como más adelante demostraré, las dos legislaciones difieren en los efectos que se tienen del acto nulo.

Adicionalmente el C.Co., añade el estado de “inoponibilidad” (art. 901 C.Co.) el cual predica del negocio jurídico que existiendo y siendo válido, debe dejarse o hacerse conocer a terceros, ejemplo de esto es el certificado de existencia de las sociedades Comerciales expedido por las Cámaras de Comercio.

Por último dentro de los términos que creo conveniente revisar, traigo a colación dos figuras que en apariencia no entrarían dentro del tema que aquí se discute: La rescisión y la revocatoria. Si bien es cierto que muchos autores no circunscriben estas dos categorías conceptuales a la ineficacia del *Rechtsgeschäft*, rescato la hipótesis dada por Ramírez Baquero en su obra de 2008 al inferirlos como otra de las ineficacias del negocio jurídico<sup>131</sup>, puesto que ambas pueden acarrear la destrucción del mismo.

En efecto, la rescisión, para este caso específico, es la consecuencia directa que se tiene de los negocios jurídicos de carácter patrimonial realizados en contra de la equidad y el orden económico.

---

<sup>131</sup> Sin embargo, considero, a diferencia de Baquero, que estas dos categorías no pueden estar por fuera de la invalidez negocial, toda vez que las mismas configuran una afrenta contra las leyes imperativas.

Por su parte, la revocatoria es la declaración judicial que se da como resultado de la acción pauliana (tratada tangencialmente en el C.C., en el artículo 2491), en donde el o los negocios jurídicos realizados han transigido contra la buena fe, toda vez que los mismos fueron realizados con el único objeto de defraudar a los acreedores de los declarantes.

### *3.2.1.2. Efectos de las ineficacias del Negocio jurídico y de los estados de inexistencia.*

Antes que nada aclaro que este apartado se ocupara someramente de los principales aspectos que ofrecen cada uno de los estadios de ineficacia (y de inexistencia), ello en razón que este no es el tema principal de mi investigación.

(i) Las consecuencias que acarrea la inexistencia se presentan de forma automática e inmediata, es decir que en ningún momento el negocio jurídico inexistente (que no es un negocio) generó efecto alguno. Las tratativas o cambios exteriores que se hubiesen dado por motivo de ese “embrión” de negocio, no son atribuibles al mismo y por lo tanto se requiere que las partes contratantes susciten la restitución de las cosas a su estado normal, todo ello dentro del término general de la prescripción extintiva<sup>132</sup>. Tampoco es predicable de estos estados que las partes hablen de saneamiento (propio de la ineficacia negocial), ni tampoco de la ratificación, ya que estas dos requieren de un negocio jurídico existente. El ordinal 3º del artículo 1527 C.C., es una de las raras posturas del legislador de darle efectos a los estados de inexistencia. En efecto, los

---

<sup>132</sup> La ley 791 de 2002 dispone que el termino de prescripción general son 10 años para pretensiones declarativas, y 5 para las ejecutivas.

“embriones” de *Rechtsgeschäfte* no nacidos a causa de la omisión de alguna solemnidad legal, generan obligaciones naturales entre los sujetos que desearon contratar.

(ii) La nulidad absoluta (o simplemente nulidad) es uno de los dos estados de invalidez negocial que el Código Civil predica sobre el negocio jurídico. Para su configuración se requiere primero que el mismo exista, puesto que el juicio o calificación de invalidez presupone siempre la existencia del ente (art. 1740 C.C.). Antes que nada, creo necesario traer a colación la particularidad que el Código de Andrés Bello tiene en relación a que el negocio jurídico afectado con una nulidad no obtendrá como tal esta connotación hasta tanto no haya dado una decisión judicial al respecto. Lo anterior quiere decir, que en nuestra legislación (y por ende en la chilena) la nulidad requiere siempre de decreto judicial para que el negocio deje de ser efectivo o eficaz. De lo anterior resulta valido afirmar que en nuestro país, el *Rechtsgeschäft* afectada pasará a tener una presunción de nulidad hasta tanto no sea declarada por el juez, quien es el único facultado para hacerlo<sup>133</sup>. Es interesante comparar esta particularidad de nuestra legislación con las leyes alemanas en donde, como se vio anteriormente, la ineficacia de un acto o negocio afectado de nulidad (para los casos en que se permita la impugnación) no está supeditada al pronunciamiento del juez, sino al simple consentimiento del declarante.

Bajo el mismo orden de ideas, tanto la ley civil (art. 1742 C.C.) como la procesal (art. 306 C.P.C.). El juez tiene el deber de decretar de oficio los casos en que vea un acto con una eventual nulidad. Lo anterior es aplicado en los procesos judiciales donde el vicio sea apreciable latentemente. Aparte del funcionario judicial, están facultados para solicitar el decreto de

---

<sup>133</sup> Precisamente, en punto del deber legal de los notarios (quienes como funcionarios públicos están obligados a colaborar con la justicia), el artículo 3 del decreto 2148 de 1983 estipula que en su ejercicio de elaborar instrumentos públicos notariales, deben hacer un filtro de nulidad, es decir revisar si los actos o negocios no cumplen con algún imperativo legal. Lo anterior no significa que ellos estén facultados para declarar la nulidad puesto que y como se dijo anteriormente (art. 1746 C.C.) es el juez el único con dicha facultad.

nulidad el Ministerio Público, cualquier tercero con legítimo interés (art. 1742 C.C.) o las partes declarantes del negocio a impugnar. Otra particularidad que se tienen en nuestro país frente al tema, es el tiempo contemplado para demandar la nulidad. Mientras que en la mayoría de legislaciones europeas (incluida Alemania) en punto de la nulidad (o nulidad absoluta) no existe un término prescriptivo, ya que el vicio cometido es una afrenta directa contra el orden público; en Colombia se cuenta con un término general (art. 2535 C.C.) de 10 años o de 5 dependiendo si concurren pretensiones declarativas o ejecutivas.

Respecto al tema sustantivo las causales de nulidad (o nulidad absoluta) se encuentran en los artículos 1741 C.C. y 899 del C.Co. En términos generales son las siguientes:

- Celebrar negocios con incapaces absolutos.
- Objeto ilícito: Como bien se sabe éste es un tema donde persiste aun mucha disparidad; simplemente afirmo que a postura personal son las obligaciones del negocio jurídico que cada parte asume, es decir que deben estar de conformidad con la ley.
- Causa ilícita: Al igual que en el tópico anterior, me limito a decir que son los móviles o fines de los contratantes, de tal forma que la causa de una parte es, correlativamente, la obligación del otro.
- Contrariar norma de carácter imperativo (a menos que la misma ley disponga de otra cosa para casos específicos)

(iii) La nulidad relativa (o anulabilidad) es el segundo de los casos que la ley civil dispone para la invalidez del negocio jurídico. Al igual que en el caso de la nulidad, las causales

que desembocan en la anulabilidad son las mismas en la legislación comercial y en la legislación civil<sup>134</sup>. *Grosso modo* son las siguientes:

- Celebrar un negocio jurídico con un incapaz relativo.
- Vicios del Consentimiento:
  - Error.
  - Fuerza.
  - Dolo.

La particularidad que arriba comenté en punto de la nulidad (sobre el decreto judicial como único medio generador de la ineficacia de un acto o negocio viciado de nulidad), también se predica en la nulidad relativa, esto es que a pesar de que un *Rechtsgeschäft* surja con un vicio adscrito a la anulabilidad, la misma seguirá produciendo plenos efectos hasta tanto no exista una providencia judicial que decrete la nulidad del acto.

De modo distinto de como ocurre con la nulidad, en la anulabilidad solo están legitimados para denunciarla la parte que ha padecido del vicio o nulidad. Además aquí sí se tienen un término específico para que se demande la nulidad, el cual es de cuatro años en la legislación civil ((Art. 1750 C.C.) y de dos años para la comercial (Art. 90 Inc. 2 C.Co.); el computo de dicho término se empezará a contabilizar desde el momento en que haya cesado el vicio.

Como se ha visto a lo largo de estos dos últimos capítulos, en Colombia no tenemos la mencionada figura de la impugnación (*Anfechtungsrecht*) la cual entra en juego en este punto,

---

<sup>134</sup> Sin embargo el C.C., no fue tan directo al retratarlas (arts. 1508 y 1504 inc. 3 C.C.). Por su parte el C.Co., reguló el tema en el artículo 900.

toda vez que, como ya he reiterado, es la facultad que tiene una de las partes contratantes de anular por sí mismo los efectos de un negocio, del cual ha dado su voluntad con alguno de los vicios del consentimiento que conocemos.

Creo que aquí es pertinente citar la interesante y acertada figura diseñada por Édgar Ramírez Baquero en su obra de 2008 denominada como “negocio jurídico de invalidación” (Baquero, 2008, 211), la cual se concibe como un negocio jurídico bilateral, realizado por la o las personas que intervienen en la creación de un *Rechtsgeschäft* viciada de nulidad o de anulabilidad, para que de mutuo acuerdo se disponga “(...) de una vez todo lo concerniente con los efectos negociales que se hayan desatado con precedencia y con apoyo en el negocio afectado, de modo que su acuerdo defina cómo quedan sus relaciones jurídicas a propósito del desarme del negocio imputo” (Baquero, 2008, 211.). Personalmente no veo que esta figura encuentre problema alguno con las leyes nacionales y asimismo se encuentra muy al margen del principio de la autonomía de la voluntad privada de las personas. Además es posible que se ejecute para los negocios jurídicos unilaterales, de esta forma tendríamos figura muy parecida a la de la impugnación alemana.

(iv) Como se dijo en su momento, en la rescisión del negocio jurídico se tiene un acto que surge con plenos efectos, más sin embargo por tener prestaciones patrimoniales injustas en contra de uno de los declarantes, puede ser destruido por medio de una decisión judicial. Entre los casos más connotados que tienen al respecto están: La rescisión de un contrato de compraventa por haber vicios redhibitorios en la cosa vendida (art. 1914 C.C.); La rescisión de la aceptación de la herencia, en tanto el asignatario la haya aceptado sin saber que el monto que recibiría como asignación testamentaria sería menor de la mitad que aquel pensó que en

principio recibirá (art. 1291 C.C.); la rescisión de un contrato de compraventa, bajo el entendido que, bien el comprador ora el vendedor, no han respetado el justo precio (art. 1946 C.C.).

(v) Por su parte, el fraude Pauliano (consecuencia directa de la revocatoria) que “Consiste en que el deudor, mediante contratos serios, causa o agrava su insolvencia a fin de perjudicar a sus acreedores.” (Monsalve, 2010, 45). Así las cosas, el negocio jurídico afectado por fraude Pauliano es susceptible de ser demandado ante la autoridad judicial, su decisión acarrea entonces la destrucción de aquel negocio, y la disposición de todas las cosas al estado anterior del fraude, pero solo hasta el monto en que se haya perjudicado al o a los acreedores. De lo anterior resulta que son los legitimados por activa, en un primer momento, los acreedores perjudicados, también los representantes de los menores el defensor de familia en el caso del pago de alimentos (Ley 1098 de 2006 art. 135), e incluso la Procuraduría General de la Nación en los procesos de responsabilidad fiscal (Ley 42 de 1993 art. 97). Según el inciso 3 del artículo 2491 C.C., el o los legitimados por activa tienen un año para denunciar el fraude, término que se contabiliza a partir de que se celebre el acto o negocio jurídico viciado.

### 3.3. El Verdadero Negocio Jurídico Ineficaz en Colombia – Componente Propositivo-

#### Conclusiones.

Habiendo comentado los distintos estados de ineficacia contemplados por la ley colombiana (con sus debidos reparos), es pertinente mostrar la clasificación que personalmente se debe tener en cuenta en nuestro país. He desarrollado esta categorización a partir de todo lo estudiado en este trabajo, especialmente de las enseñanzas del derecho alemán. Dentro del

ámbito colombiano he adoptado parcialmente las doctrinas de Édgar Ramírez Baquero, Arturo Valencia Zea, Álvaro Ortiz Monsalve y Henry Alberto Becerra. Así las cosas, creo que los estados de ineficacia en el derecho colombiano son los siguientes:

- Ineficacia de Pleno derecho.
- Invalidez negocial.
  - Nulidad.
  - Anulabilidad.
    - Anulabilidad Impugnable.
    - Anulabilidad no impugnada o simple anulabilidad.
  - Recisión.
  - Revocatoria
- Negocio condicionado.

(i) Antes que nada, debo aclarar que mi clasificación es concebida tanto para la legislación civil como para la comercial. En realidad, tal y como se ha estudiado anteriormente, las diferencias existentes entre ambos códigos solo repercuten en que se agudicen los malentendidos frente al tema. Creo conveniente aquí tener muy presente la práctica del derecho alemán, en donde el BGB es el único encargado de regular de forma expedita la teoría general del negocio jurídico y las obligaciones. Ahora bien, de mi clasificación dada, lo primero que salta a la vista es que he eliminado la categoría conceptual de la inexistencia por las razones ya expuestas. Así las cosas, para enmendar el desacuerdo terminológico, propongo que en lugar de la inexistencia se instale la ineficacia de pleno derecho ya existente en el Código de Comercio (art. 987). Reitero que esta última figura es para mí un gran acierto del legislador colombiano, puesto que la misma tiende a agilizar los trámites judiciales y proteger la seguridad jurídica.

Para la plena y efectiva operación de esta eficacia, se hace necesario que la misma sea ampliada en su campo de acción, es decir que no solamente pueda ser aplicada en los casos en que expresamente la ley así lo permite, sino también en todos aquellos eventos (tal y como ocurre actualmente con la inexistencia) en que los negocios jurídicos adolezcan tanto de los elementos esenciales (bien sea generales o específicos) como de las formalidades exigidas por la ley. De esta forma se solucionaría la incongruencia con la inexistencia, en tanto que la misma produce efectos, a pesar de que precisamente no existe. Esta categoría seguiría teniendo prácticamente los mismos efectos que en la actualidad detenta. No se requeriría de declaración judicial que declare la ineficacia (por cuanto es “de pleno derecho”), y en síntesis no produciría efecto alguno.

(ii) El segundo estadio de mi clasificación es la invalidez negocial. El término de denominación proviene de la doctrina de Ramírez Baquero. Aquí se ubican todos aquellos negocios jurídicos que surgen y logran tener efectos, pero que sin embargo, en razón a que no cumplen con uno o más requisitos que la ley impone, no alcanzan a tener el suficiente poder de vinculación para permanecer en el tiempo. Así las cosas, cualquier *Rechtsgeschäft* que se encuentre en esta categoría tendrá la virtualidad de ser destruido (por eso el término “invalidez”). En principio el único medio capaz para aniquilar los efectos de estos negocios es la sentencia judicial<sup>135</sup>.

El tema de la nulidad (o nulidad absoluta) mantiene los mismos lineamientos que en la actualidad nuestra legislación le otorga (tanto sus causales como sus efectos permanecen

---

<sup>135</sup> Sin embargo dejo de presente que estoy de acuerdo con la doctrina de Ramírez Baquero de los negocios jurídicos de invalidación, por medio de los cuales, las partes deciden de mutuo acuerdo dejar sin efectos un negocio jurídico inmerso en la clasificación de la invalidez negocial. Esta sería otra posibilidad que se tiene para llegar a dicha aniquilación.

íntegros). La única diferencia radica en que mi clasificación ubica expresamente a la nulidad dentro de la categoría de la invalidez negocial.

No obstante, para el caso de la anulabilidad (o nulidad relativa) propongo una serie de cambios que a continuación explicare (los mismos han sido el resultado de gran parte de mi objeto de investigación). Antes que nada debo dejar en claro (en relación a la comparación entre los dos países objeto de estudio) que si bien es cierto que la legislación alemana no contempla el término de la nulidad relativa, en efectos prácticos si mantiene unos lineamientos bastante similares a los colombianos en este tema. En efecto, en el apartado del negocio jurídico impugnabile del presente capítulo, estudie los diferentes motivos que se tienen para que un negocio pueda ser susceptible de la mencionada impugnación. El buen lector podrá haber percibido que dichas premisas son casi idénticas a la que nuestro derecho compila en el tema de los vicios de la declaración de voluntad<sup>136</sup>.

Por esta razón propongo que nuestra legislación exporte la figura de la *Anfechtung*, la cual sería aplicada únicamente en los casos de nulidad relativa que surjan en razón a alguno de los vicios del consentimiento. Así las cosas todo negocio jurídico, en donde al menos una de sus declaraciones de voluntad esté viciada, por cuanto la misma se generó a raíz de uno de los vicios del consentimiento (es decir bajo los postulados del error, de la fuerza o violencia, o del dolo), podrá ser objeto de otro *Rechtsgeschäft* (unilateral) creado por el declarante de la manifestación viciada para que *ipso facto* se aniquilen *ex tunc* todos los efectos del primer negocio jurídico. Así mismo también estaría la posibilidad de invocar el enriquecimiento ilícito (§812 BGB) e incluso de la indemnización de perjuicios por parte de los otros contratantes cuando ésta

---

<sup>136</sup> Los tres casos contemplados en el § 119 (inc. 1 y 2) BGB pueden ser subsumidos en la categoría conceptual del Error. De igual forma los dos casos del § 123 *ejusdem* se equiparan en sus efectos prácticos a la fuerza violencia y al dolo colombiano.

encuentre lugar. Por todo lo anterior, todos estos negocios jurídicos son agrupados en la sub-categoría denominada como “anulabilidad impugnabile”.

Por otro lado, he excluido de la anterior clasificación a todos aquellos negocios que se realizan con incapaces relativos (que en términos muy generales son los menores adultos, los discapacitados mentales relativos, los interdictos, y los casos de la inhabilidades o incapacidades particulares del artículo 1504 C.C.). Es bien sabido que la figura de la incapacidad surge como una protección a las personas que en razón de las circunstancias o de algún carácter interno, no pueden expresar libre o conscientemente su voluntad. De ahí que, un derecho dispositivo como lo es la impugnación no puede ser previsto en estos casos como medio para la aniquilación de los efectos generados por el negocio jurídico realizado con un incapaz relativo. Precisamente el incapaz (quien en teoría sería el legitimado por activa para impugnar) no tendría la aptitud de poder dar su consentimiento. Por esta razón es que he creado la categoría de “Anulabilidad no impugnabile o simple anulabilidad”, la cual (al igual que como ocurre actualmente) requieren de la decisión judicial para exterminar sus efectos.

En punto de la rescisión y de la revocatoria, las dos figuras no sufren cambio alguno en su estructura. Simplemente las ubico como una de las clasificaciones de la invalidez negocial. En el apartado anterior explique el porqué deberían ubicarse aquí y no en otro lado. Reitero que las mismas tampoco serían objeto de impugnación.

(iii) Finalmente encuentro acertado incluir en mi clasificación la categoría creada por el doctrinante Ramírez Baquero de negocios jurídicos de invalidación, los cuales son propiamente una clasificación muy similar a los de impugnación, en donde las partes de mutuo acuerdo disponen que en caso de que el *Rechtsgeschäft* detente algún defecto o imprecisión que lo

conlleve a ser un negocio con invalidez negocial, podrán aniquilar los efectos del mismo sin necesidad de la sentencia judicial.

En conclusión, esta clasificación ha sido resultado de todo el estudio que he expuesto en el presente trabajo de investigación. La misma ha sido realizada a partir del Parangón de nuestra legislación civil y comercial (para el tema de la teoría general del negocio jurídico) con el BGB alemán. Mis recomendaciones conducen a dos cosas básicamente: Primero, que se resuelva de una forma pragmática la enorme discusión sobre los estados de inexistencia e ineficacia del *Rechtsgeschäft* (y por consiguiente de la unificación de nuestra legislación frente al tema); segundo, que se agilice y se efectivice la premisa del acceso a la justicia, toda vez que con la creación de la figura de la impugnación se evitarían una gran diversidad de procesos judiciales que acapararían mucho más nuestro congestionado sistema judicial.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Becerra León, Henry Alberto. (2013) *Derecho Comercial de los Títulos Valores*. Bogotá Colombia. Editorial Ediciones Doctrina y ley. Sexta edición. ISBN 978-958-6765-848 Pág. 614.
- Boecken, Winfried (2012). *BGB- Allgemeiner Teil*. Stuttgart Alemania. Editorial Kohlhammer GmbH. Segunda Edición. ISBN 978-3-17-021950-2. Pág. 515.
- Bonfante, Pietro. (1966) *Istituzioni di diritto romano*. Turín Italia. Giappichelli décima edición. Pág. 724.
- Brox, Hans y Walker, Wolf-Dietrich. (2013) *Allgemeiner Teil des BGB*. Múnich Alemania. Franz Vahlen Verlag trigésima séptima edición. ISBN 978-3-8006-3992-2 Pág. 381.
- Castro Ayala, José Guillermo. (2013) *Das pactum de contrahendo der Vorvertrag. Möglichkeiten einer europäischen Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der deutschen und französischen Rechtsordnungen (El pacto de contrahendo el precontrato. Posibilidades de una unificación jurídica europea sobre la base del trabajo comparado entre el orden jurídico alemán y francés)*. Constancia Alemania. Franz Editorial Hartung-Gorre primera edición. ISBN 978-3-86628-414-2 Pág. 219.
- Castro De Arenas, Rosa Herminia (1993) *Nociones Básicas de las Obligaciones*. Bogotá Colombia. Editorial Doctrina y Ley. Primera edición. Pág. 421.
- Castro y Bravo, Federico (1985). *El negocio Jurídico*. Madrid España. Editorial Civitas, S.A. Segunda edición. ISBN: 84-7398-322-X. Pág. 550.

- Cubides Camacho, Jorge (2007). *Obligaciones*. Bogotá Colombia. Pontificia universidad Javeriana. Quinta edición. ISBN: 958-9502-23-7. Pág. 577.
- Dullinger, Silvia. (2008) *Bürgerliches Recht Band II Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Viena Austria. Editorial Springer. Segunda edición. ISBN 978-3-211-73838-2. Pág. 169.
- Ehmann, Horst (2002). *Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*. München, Alemania: Editorial Franz Vahlen. ISBN: 3-8006-2832-5. Pág. 342.
- Ehmann y Sutschet, Horst y Holger (2006). *La Reforma del BGB modernización del derecho alemán de obligaciones*. (Traducción de Claudia López Díaz y Ute Salch de Sánchez). Bogotá Colombia. Universidad Externado. Primera edición. Pág. 400.
- Enneccerus, Ludwig. (1959) *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts-Bd1- Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Tübingen Alemania. Mohr decimoquinta edición. Pág. 855.
- Guzmán Brito Alejandro. (2009). *Estudios de historia Dogmática y Sistemática sobre el Código Civil Chileno-Colombiano*. Bogotá Colombia. Colección internacional número 6. ISBN 978-958-731-003-0.
- Haupt, Günter. (2013) *Über faktische Vertragsverhältnisse*. Leipzig Alemania. Editorial Weicher primera edición. Pág. 37.
- Hattenhauer, Hans (1987). *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. (Prólogo de Pablo Salvador Coderch). Barcelona España. Editorial Ariel S.A. ISBN 843-441-5283. Pág. 220.
- Heidel, Thomas (2002) *Das neue Schuldrecht: ein Lehrbuch*. Heidelberg, Alemania Editorial C.f. Müller. ISBN: 3-8114-0836-4. Pág. 538.
- Hinestrosa, Fernando (2008). *Tratado de las obligaciones concepto estructura y vicisitudes*. Bogotá Colombia. Universidad Externado. Tercera edición, primera reimpresión. ISBN 958-710-193-5. Pág. 1005.

- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio (2004) *El Renacimiento de la Cultura Jurídica en Occidente El derecho en el medievo siglos XI-XV*. Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A. Primera edición. ISBN: 958-683-727-0. Pág. 651.
- Larenz, Karl (1956). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. (Traducción de Carlos Fernández Rodríguez). Madrid España. Editorial Revista de Derecho Privado. Pág. 226.
- Larenz; Karl (1987). *Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil*. München, Alemania. Editorial C.H. Beck. Décimo cuarta edición. ISBN 3-406-31997-1. Pág. 668.
- Larenz Karl y Wolf Manfred. (1997) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Múnich Alemania. C.H. Beck Verlag octava edición. ISBN 978-3406423512 Pág. 1022.
- Markovska, Violeta. (1959) *Zivilrecht und Arbeitsvertragsrecht nach der Schuldreform. Ihre Beziehung in Theorie und Rechtsprechung*. Saarbrücken Alemania. AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG. ISBN 978-3-639-39007-0 Pág. 153.
- Medicus, Dieter (2004). *Schuldrecht I allgemeiner Teil*. München Alemania. Editorial C.H. Beck. Décimo quinta edición. ISBN 3406517714. 2004. Pág. 427.
- Monsalve Ortiz, Álvaro (2010). *Manual de Obligaciones*. Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A. Quinta edición. ISBN 978.958.35.0759.5. Pág. 141
- Ospina Fernández, Guillermo. (2005) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá Colombia. Editorial Temis. Séptima edición. ISBN 978-350-5307 Pág. 607.
- Petit, Eugene Henri Joseph. (1963) *Tratado Elemental de derecho romano...* México D.C. México Editorial Nacional Pág. 717.
- Ramírez Baquero, Édgar (2008). *La ineficacia del negocio jurídico*. Bogotá Colombia. Editorial Universidad del Rosario. Primera edición. ISBN 978-958-8378-19-0 Pág. 520.
- Richter, Hans Peter. (2010) *BGB Allgemeiner Teil*. Tomo I Dänischenhagen Alemania. Richter Verlag vigésima primera edición. ISBN 978-3-935-150-002 Pág. 139.

Rüthers, Bernd y Stadler, Astrid (2011) *Allgemeiner Teil des BGB*. Múnich Alemania. Editorial C.H. Beck. Décimo séptima edición. ISBN 978 3- 406- 624971. Pág.: 513.

Uría, José María. (1984) *Derecho Romano*. San Cristóbal Venezuela. Universidad Católica del Táchira... Pág. 584.

Valencia Zea, Arturo. (1987) *Derecho Civil, Parte General y Personas*. Tomo I Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A., décimo primera edición.

Valencia Zea y Monsalve Ortiz, Arturo y Álvaro (2002) *Derecho civil parte general y personas*. Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A. Decimoquinta edición. Pág. 593.

Valencia Zea y Monsalve Ortiz, Arturo y Álvaro (2004). *Derecho Civil de las Obligaciones*. Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A. Novena Edición. ISBN 958-35-0161-1. Pág. 499.

Von Tuhr, Andreas. (1914) *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (parte general del derecho civil alemán)*. Tomo II Múnich Alemania. Editorial Duncker & Humblot, primera edición. Pág. 636.

Zagreblesky, Gustavo (1995). *Il diritto mite. Legge, diritto giustizia*, (Trad. Al castellano de Marina Gascón). Turín Italia. Editorial Trotta.

## **CÓDIGOS, LEYES Y DOCTRINA.**

*Aktiengesetz* (Ley sobre las sociedades Anónimas alemanas). 6 de septiembre de 1965. Ministerio de Justicia de la república federal de Alemania

*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemán). 18 de agosto de 1896. Ministerio de Justicia de la república federal de Alemania. Núm. 406.

*Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* (Código Civil del reino de Sajonia) (1863). Aalen Alemania. Parágrafo 88. Ley promulgada el 1 de marzo de 1885. Pág. 317.

Código Civil Colombiano. 26 de mayo de 1873. Congreso de la Republica Colombia.

Código de Comercio (Decreto 410 de 1971). 27 de marzo de 1971. Congreso de la Republica Colombia.

*Handelsgesetzbuch* (Código de comercio Alemán). 10 de mayo de 1897. Ministerio de Justicia de la república federal de Alemania.

Concepto número 2004046975-2 de 2014. Sobre la especialidad del Gravamen hipotecario en Colombia. 19 de octubre de 2014. Superintendencia Financiera de Colombia.

Circular número 109 de 2009. Sobre la posición contractual de las entidades financieras como acreedores dentro de los créditos hipotecarios. 21 de mayo de 2009. Superintendencia de Notariado y Registro en Colombia.

Ley 1231 de 2008. Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones. 17 de julio de 2008. Diario Oficial. Número 47053. 17, julio, 2008.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. Diario Oficial número 49220 12, octubre, 2011.

Ley 791 de 2002. Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil. 27 de diciembre de 2002. Diario Oficial número 45043 27, diciembre, 2002.

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. 8 de noviembre de 2006. Diario Oficial número 46446 8 de noviembre de 2006.

Ley 42 de 1993. Sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. 26 de enero de 1993. Diario Oficial número 40732 del 27 de enero de 1993.

## **RECURSOS ELECTRÓNICOS.**

Becerra Cortes, Marcela y Orozco Daza, Lucia. (2005) *Estudio Régimen Legal Colombiano*. Recuperado el día 15 de junio de 2014, de la fuente [http://www.bancoldex.com/documentos/267\\_5capitulo\\_iii\\_garantias.pdf](http://www.bancoldex.com/documentos/267_5capitulo_iii_garantias.pdf).

Superintendencia de Industria y Comercio (2013). Informe sobre las sanciones impuestas a normas sobre la protección al consumidor en el año 2013. Recuperado el día agosto 16 de 2014 de la fuente:

[http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Informe\\_Consolidado\\_Sanciones\\_2013.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Informe_Consolidado_Sanciones_2013.pdf)

Real Academia Española (Octubre de 2014). Diccionario de la Lengua Española (DRAE). Vigésimo tercera edición. Recuperado en varias ocasiones entre los meses Octubre a Diciembre de 2014). <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.