BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

Derecho de las obligaciones

Con propuestas de modernización

TOMO II

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

SEGUNDA EDICIÓN

Universidad de los Andes

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

DERECHO
DE LAS OBLIGACIONES

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
(Coordinadora)

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

CON PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN

Tomo II

Segunda edición

Bogotá - Colombia
2016

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

ISBN 978-958-1091-5

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

CDD 346.03 SBUA

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

Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas

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

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

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

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

Presentación

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

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

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

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

En las últimas décadas varios Estados han tomado el camino de la revisión de sus textos legislativos con miras a la modernización. Ejemplos notables de renovación vienen de la provincia canadiense de Québec (1994)[1] y el Brasil (2002) con enmiendas totales, Alemania con la reforma más importante introducida al BGB (2001)[2] y Argentina[3], Francia[4] y España[5] también trabajan en importantes proyectos para la modernización del régimen de obligaciones y contratos.

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

Gran resonancia también han tenido varios documentos académicos, preparados por los civilistas y comercialistas más destacados del mundo, respondiendo a la necesidad de contar con unos principios comunes para el nuevo derecho privado, particularmente el europeo, de cara a la armonización de los regímenes nacionales de los países miembros de la Unión. Deben citarse en este contexto el Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi) 1995[6], el *Draft common frame of reference* (Proyecto académico del profesor alemán CHRISTIAN VON BAR y otros académicos europeos, 2008)[7] y los Principios de Derecho Europeo de Contratos, redactados bajo la dirección del profesor OLE LANDO en 2000[8]; pero

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

[2] Vigente desde 2002.

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

[4] "Avant-projet de reforme du droit des obligations. Document de travail". 23 octobre 2013. En *http://www.lesechos.fr/economie-politique/france/document/0203242436733-document-avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-643031.php*

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

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

[7] Disponible en *http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf*

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

esta lista de trabajos preparatorios no es exhaustiva, dado que muchos civilistas han contribuido a enriquecer este debate con sus propuestas[9].

Pero a pesar de las voces que ven con cierto escepticismo el futuro de los mencionados trabajos en el contexto latinoamericano[10], estos materiales han impulsado la discusión más allá de los confines de Europa y constituyen hoy referencias indispensables para la tarea de revisión de nuestros códigos que deben no solo unificarse, sino modernizarse para adecuarse al nuevo entorno.

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

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

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

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

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

[11] Klaus Jochen-Albiez (Coord.) *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual* en España, Colección Atelier Civil, Barcelona, 2011, pág. 19 (consultado en Google Books).

[12] Klaus Jochen-Albiez Dohrmann, "Un nuevo derecho de las obligaciones: la reforma 2002 del BGB", en *Anuario de Derecho Civil,* núm. lv-3, julio 2002, Ministerio de Justicia España.

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

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

Sobre el enfoque que debe tener el derecho civil actual, son muy persuasivas las reflexiones del profesor italiano PIETRO PERLINGIERI en su obra *El derecho civil en la legalidad constitucional*, recién publicada en Colombia[14], que busca centrar el derecho civil en la persona misma, en su dignidad y en la satisfacción de sus necesidades[15]. Para este connotado profesor la igualdad, la solidaridad y el pleno desarrollo de la persona "se convierten en los parámetros axiológicos de una jurisprudencia y de un aparato conceptual que está por fundar como compromiso de una generación de juristas". Y al refundarse el derecho civil, este "se vuelve a apropiar, con formas renovadas, de su originaria vocación de *ius civile,* destinado a desarrollar la tutela de los derechos civiles en una nueva síntesis"[16].

Estima el autor en aspectos más técnicos que "[l]a obligación no se identifica en el derecho o en los derechos del acreedor; ella se configura cada vez más como una relación de cooperación. Ello implica un cambio radical de la perspectiva de cómo leer la disciplina de las obligaciones; esta última no se considera el estatuto del acreedor; la cooperación reemplaza la subordinación"[17]. Y reconociendo que la obligación es un deber ser, pone mayor acento en el concepto de "situación jurídica": la del deudor, la del acreedor, la de los terceros, más que en los conceptos abstractos tradicionales a los que estamos acostumbrados[18].

El derecho civil contemporáneo debe ser valorado en su complejidad y en sus contradicciones, expresa PERLINGIERI; además, el jurista debe saber apreciar tanto la tradición como la innovación, punto que no puede ser más acertado tratándose de un ejercicio de renovación normativa como el que aquí se propone[19]. Insiste el jurista en un sistema, que aunque sustentado

[13] JOCHEN-ALBIEZ, *op. cit.*

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

[15] PERLINGERI, *op. cit.,* vol. I, pág. 59.

[16] *Idem,* pág. 130.

[17] PERLINGERI, *op. cit.,* vol. II, pág. 1025.

[18] *Idem,* págs. 749-750.

[19] *Idem,* pág. 139.

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

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

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

Marcela Castro Ruiz
Coordinadora de la obra
Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

[20] *Idem,* pág. 142.

[21] *Idem,* pág. 143.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación VII

CAPÍTULO I

FORMACIÓN DEL CONTRATO

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

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

PÁG.

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

CAPÍTULO II

CATEGORÍAS DE CONTRATOS

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

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

CAPÍTULO III

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

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

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

PÁG.

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

Capítulo IV

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Juan Caro Nieto

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

PÁG.

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

CAPÍTULO V

INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

ALONSO PAREDES HERNÁNDEZ

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

PÁG.

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

CAPÍTULO VI

LESIÓN ENORME

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

PÁG.

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

CAPÍTULO VII

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS BILATERALES

RAFAEL ROMERO SIERRA

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

Capítulo VIII

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Jaime Alberto Arrubla Paucar

PÁG.

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

Capítulo IX

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Luis Carlos Gamboa Morales

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

PÁG.

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

CAPÍTULO X

LA VOLUNTAD EXPRESADA UNILATERALMENTE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

ARTURO SANABRIA GÓMEZ

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

Capítulo XI

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Yolima Prada Márquez

PÁG.

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

PÁG.

C) Consejo de Estado 491
D) Otros 495
8. Conclusiones 496
9. Bibliografía 498

Índice de autores 507
Índice de disposiciones 511
Índice de materias 517

Capítulo I

Formación del contrato

Pedro Octavio Munar Cadena*

1. Introducción

Puede suceder que los contratos se formen de manera instantánea, es decir, sin que antes de su celebración las partes hubiesen agotado un período de discusión. En este caso, el contrato surge a partir de un acto único proveniente de ellas. Así ocurre con aquellas operaciones de escaso valor económico o que se encuentran estandarizadas[1], verbigracia, las que obedecen a relaciones de consumo.

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

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

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

[1] Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil*, 5ª ed., vol. I, Madrid, Civitas, 1996, pág. 269.

[2] Díez-Picazo, *op. cit.,* pág. 270.

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

Débese advertir, en todo caso, que el designio que da lugar al negocio ha de manifestarse adecuadamente, ora de manera expresa, esto es, mediante la utilización del lenguaje (declaraciones verbales o escritas), o ya de forma tácita, cuando aflora por el comportamiento de la persona, en particular, con sustento en el significado jurídico que adquiere esa actividad del sujeto en la esfera de las relaciones sociales[3], vale decir, la conducta socialmente típica; todo lo cual, por supuesto, a menos que el ordenamiento imponga una forma especial y restringida (C. C., arts. 1611, 1857, 2434, entre otros), o que reclame adicionalmente la entrega de la cosa (*ibid.,* arts. 2200, 2222, 2411).

Relativamente a la trascendencia del lenguaje en la formación del contrato, no deja de ser sugestiva la radical posición de NATALINO IRTI, que, partiendo de la estructura que denotan los códigos liberales, eleva el diálogo entre las partes como la verdadera característica del convenio. Señala IRTI[4] que la primera manifestación de voluntad contractual es el lenguaje, que se manifiesta en la interacción de un círculo de preguntas y respuestas. Por consiguiente, la decisión unilateral de realizar un intercambio de bienes es el presupuesto esencial y previo para entrar en ese círculo dialéctico, que es un intercambio lingüístico que conduce a la realización del contrato, de modo que "El intercambio de valores económicos es, al mismo tiempo, un intercambio de valores lingüísticos"[5]. Los acuerdos de ese modo logrados resultan de la utilización del lenguaje, motivo por el cual los códigos civiles les dan el valor a las expresiones comunes utilizadas por las partes, cobrando así las palabras un significado esencial en su concreción. Sin entrar a plantear acá una réplica a la posición vertical de IRTI[6], sí vale la pena subrayar la trascendencia que las discusiones previas tienen en la formación del contrato en la concepción de la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

2. LA FASE DE LOS TRATOS PRELIMINARES

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

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

[4] NATALINO IRTI, "Intercambios sin acuerdo", en *Estudios sobre el contrato en general,* Lima, ARA Editores, 2004.

[5] *Ibid.,* pág. 317.

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

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

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

Los más importantes principios[7] que gobiernan esta etapa de la formación del contrato son, en síntesis, el de la libertad de contratación, el de la buena fe y el de no lesionar a otros. Respecto al primero, es claro que las partes no están fatalmente obligadas a contratar por el mero hecho de haber entablado tratos preliminares; desde luego que de ser de ese modo las cosas, las mismas libertades fundamentales sufrirían menoscabo, amén que toda iniciativa de emprender negociaciones se evitaría con miras a no asumir ningún riesgo, al paso que se afectarían las reglas del mercado, todo esto en detrimento del enunciado conforme al cual los actos de disposición de intereses particulares tienen como derrotero la autonomía de la voluntad. Empero, esto no significa que le sea dado a una de ellas apartarse arbitrariamente de las negociaciones, traicionando de ese modo la confianza legítima que con su obrar hubiere generado en la otra; por supuesto que todos los los esfuerzos, expectativas y planes que abrigan los interlocutores no pueden frustrarse inicuamente con sustento, simplemente, en el principio de la libertad contractual, pues aquellos deben ajustar su conducta al principio de la buena fe. Significa que cuando alguien abusa de la facultad de no cerrar el convenio, es decir, cuando abandona abruptamente los tratos previos sin que medien circunstancias que razonablemente lo justifiquen[8],

[7] Jorge Mosset Iturraspe y otro, *Responsabilidad precontractual*, Santafé, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, pág. 29.

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

se impone dejar de lado el postulado de la libertad que se tiene para contratar y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, concretamente, en el ámbito precontractual[9].

A) *Deberes secundarios de conducta*

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

a) *Aspectos relativos al deber de información en el ámbito precontractual.* Controlar y manipular la información son actos que expresan poder de manera tangible y que en cierto contexto pueden comprometer la responsabilidad de los sujetos que lo hacen para inducir en error a otros, directamente o con la intermediación de proveedores[13]. Si bien el añejo principio *caveat emptor* facultaría a los futuros contratantes a guardar silencio sobre ciertos aspectos del negocio y, subsecuentemente, a liberarlos de responsabilidad por abstenerse de suministrar información a la parte contraria, lo cierto es que en la actualidad ese enunciado tiene un alcance bastante relativo, de modo que no son pocas

[11] Vladimir Monsalve Caballero, *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones,* Bogotá, Ibáñez, Biblioteca de Tesis Doctorales, 2010, pág. 125.

[12] En ese sentido, Monsalve Caballero, *ibid.,* págs. 135 y ss.

[13] Carlos Cárdenas Quirós y otra, "El moderno contenido de la responsabilidad precontractual a partir de las relaciones de consumo", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Alterini,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 416.

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

Así las cosas, como lo ha subrayado la Corte Suprema colombiana, no son indiferentes al ordenamiento las indicaciones engañosas o, en su caso, la reticencia de los contratantes en la fase preliminar de las negociaciones, puesto que dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en cuanto al objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta sustancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten. Bien puede acontecer, entonces, que por estar compelido uno de los negociantes a suministrar ciertas informaciones, débito cuya existencia se juzga, cuando las partes o ley no la determinan, atendiendo consideraciones de diversa índole, como la naturaleza del proyecto o las calidades de sus intervinientes, omita hacerlo o lo haga con graves inexactitudes, esa incorrección repercuta en una responsabilidad civil del infractor; o, por el contrario, puede suceder que, ora porque así lo prescribe de manera expresa la ley (de lo cual es ejemplo el art. 1057 del C. de Co.), o porque concierne con los móviles determinantes del contrato conocidos por la contraparte, la incorrección despunte en una nulidad relativa del negocio jurídico finalmente acordado. Todo esto, sin dejar de lado aquellas hipótesis en las que la malintencionada manipulación de la información de parte del contratante se trastoque en dolo que vicie el consentimiento del otro[14].

Lo cierto es que se trata de un deber fundado en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de los tratos preliminares, con quien se halla disminuido respecto a la persona que dispone de la información[15], y que puede consistir en una prestación

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

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

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

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

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

En fin, en la etapa prenegocial los interlocutores se deben recíproca lealtad y consideración, de manera que una oportuna, completa y ajustada información es parte del núcleo de los deberes de corrección de esa fase de formación del negocio jurídico, exigencia que los compromete a favorecer el desenvolvimiento de los tratos preliminares sin dañar injustamente las reciprocas y legítimas expectativas[16], primordialmente en las relaciones de consumo, habida cuenta de que los fenómenos de masificación, globalización, celeridad y sofisticación que la caracterizan han aparejado la aparición de un grupo de sujetos (productores, empresarios, profesionales) con un alto poder económico de negociación, conocedores de la ciencia y la tecnología, capaces de

[16] Stiglitz, *op. cit.,* pág. 167.

estandarizar sus productos o servicios, frente a quienes el ciudadano común, precisamente por causa de esas condiciones, se encuentra en franca desventaja y necesitado de cierta protección, de modo que no es posible respecto de este examinar con la rigurosidad de otras épocas las cargas de diligencia y precaución que corresponden, pues el mercado impone, para su cabal funcionamiento, que el consumidor, usualmente desconocedor y débil, actúe con cierto grado de confianza en el sistema, confianza que en buena medida se construye a partir de la información de que dispone.

En cuanto al objeto y contenido de la información que han de suministrar tales sujetos, es importante acentuar, primeramente, que tiene por finalidad enterar al otro del "alcance, medida o entidad de la obligaciones que habrá de afrontar"[17], lo que entraña una advertencia de los distintos riesgos que pueden derivarse de la consolidación del negocio. Así las cosas, la información debe suministrarse: 1) de manera objetiva, pues cualquier reflexión adicional enderezada a influir en la determinación del destinatario puede tomarse como un consejo; 2) en forma completa, adecuada y veraz; 3) debe circunscribirse a lo que el informante sabe; 4) debe referirse a cuestiones trascendentes, es decir, las que influyen en el consentimiento de la contraparte, como suele suceder con las relativas al objeto la causa y los efectos negociales.

La información debe recaer sobre las contraindicaciones de su propia prestación; sus restricciones técnicas; los límites de sus prestaciones y de su eficacia; los riesgos materiales y jurídicos en los que incurrirá el cliente; "inclusive, en presencia de una cosa peligrosa cuya guarda es transferida por un profesional a un tercero, debe transmitir, correlativamente a la detentación de la cosa, «toda posibilidad de prevenir él mismo el perjuicio que la cosa puede causar», porque si no lo hace la transferencia no tendría lugar; dicho de otra manera, el profesional debe informar al tercero de los riesgos de la cosa y de la manera de evitarlos"[18].

Muy ilustrativa en el punto resulta la sentencia de 9 de septiembre de 2008, proferida por la Sala Laboral de la Corte. Se trató de un litigio en el que el demandante se quejaba de que la demandada, una sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, le suministró

[17] STIGLITZ, *op. cit.,* pág. 168.

[18] PHILIPPE LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional,* trad. de Javier Tamayo Jaramillo, 1ª ed. en español, Bogotá, Legis, 2006, págs. 149-150.

información "engañosa" que lo indujo a contratar en condiciones francamente desfavorables. Precisó la Corte: "la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite,* la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica"[19].

a') *Información en el ámbito médico.* Particular mención debe hacerse, por la trascendencia que ha cobrado en la actualidad, del deber que recae sobre los médicos y cirujanos de ilustrar al paciente acerca de la naturaleza, peligros, inconvenientes, ventajas y expectativas del tratamiento que se proponen emprender o de las intervenciones quirúrgicas que han de practicar, como presupuesto indispensable para obtener su consentimiento.

[19] C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. de 9 septiembre 2008, M. P. Eduardo López Villegas.

Si bien el deber informativo que recae sobre los galenos se proyecta durante las diversas etapas de la prestación a su cargo, es incuestionable que aflora de manera muy descollante durante la etapa precontractual, en la que se instituye como presupuesto ineluctable del consentimiento del paciente[20]. No se trata, ha sentenciado la Corte Suprema, de un mero formalismo, porque el negocio jurídico recae sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, de manera que el carácter mercantil que caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos se encuentra superado por el humanístico, que es propio de la actividad médica. "Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas"[21].

Es incuestionable, en consecuencia, que el paciente tiene derecho a conocer los aspectos relevantes sobre la enfermedad que lo agobia, su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, a la vez que el médico asume el deber de suministrarle la información requerida por aquel, de manera adecuada, veraz, correcta, permanente y precisa, obligación que se deriva de la asimetría que caracteriza su relación, dadas, por un lado, la sólida formación profesional del médico y, por el otro, la ignorancia del paciente frente a su dolencia. Por supuesto que el paciente extenderá su consentimiento con apoyo en los datos que el médico le suministre, y solo de ese modo podrán asegurarse sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida y a la integridad física y moral.

b') *El deber de información en el nuevo estatuto de consumo*[22]. La ley 1480 de 2011 consagra de manera explícita la información como

[20] CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., *Responsabilidad civil médica,* Colección Ensayos, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

[21] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 de diciembre de 2005, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

[22] El ordinal 7º del artículo 5º de la ley 1480 de 2011 entiende por información "todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización".

un derecho de los consumidores y, por supuesto, correlativamente, como una obligación a cargo de productores y proveedores. Así pues, el capítulo único del título v del estatuto, establece la obligación a cargo de estos últimos de suministrarle al consumidor una información "clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea" sobre los productos que ofrezcan en el mercado, haciéndolos responsables, sin perjuicio de lo dispuesto en punto del defecto de instrucciones y la responsabilidad civil que por tal causa se origina[23], de todos los daños que se deriven de la inadecuada o insuficiente información que proporcionen.

De ese modo se hace concreto el principio rector previsto en el ordinal 2º del artículo 1º del estatuto, conforme al cual los consumidores tienen derecho a recibir una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas que garanticen la eficacia de las reglas del mercado. De ahí que deba compartirse la conclusión de Monsalve[24], según la cual debe inferirse de las normas que aluden a la materia en el estatuto, que el legislador buscaba que la información a cargo de productores y proveedores debía hacerse previamente a la realización del contrato, de manera que facilitara a sus destinatarios el conocimiento de todos sus elementos relevantes. En consecuencia, aun cuando no fue explícito el legislador al señalarlo, ha de colegirse que el cabal cumplimiento del débito informativo deberá consumarse con suficiente anticipación de modo que se salvaguarde la protección de la libertad de decisión del consumidor.

Y relativamente al contenido de la información, el artículo 24 exige del productor la comunicación de un conjunto mínimo de datos relacionados con las instrucciones para el correcto uso o consumo de los bienes y para su conservación e instalación; los relacionados con la cantidad, peso o volumen de ellos; su fecha de vencimiento y las

[23] El ordinal 17 del artículo 5º *ibidem,* considera como uno de los supuestos que dan lugar a la responsabilidad de productores y proveedores por los productos defectuosos que ponen en circulación en el mercado y que afectan la seguridad de los consumidores, la ausencia, insuficiencia o incorrecta información sobre el bien o servicio.

[24] Vladimir Monsalve Caballero, "La responsabilidad precontractual con ocasión al incumplimiento de la obligación de información en el nuevo estatuto de consumo (NEC)", en *Derecho de consumo. Problemáticas actuales,* Bogotá, Universidad Santo Tomás-Edit. Ibáñez, 2013.

especificaciones del bien o servicio. Y con respecto a los proveedores, prescribe que estos deben informar lo relacionado con las garantías que asisten al consumidor y sobre el precio del producto, además de imponerles el deber de cerciorarse de que el fabricante cumplió con sus deberes informativos más sobresalientes (los previstos en los ordinales 1.1 a 1.3 de ese artículo).

Por último, el artículo 24, en punto de la responsabilidad en que incurren productores y proveedores al proporcionar información inadecuada o insuficiente, al margen de las hipótesis que comprometen su responsabilidad por poner en circulación productos que adolecen de defectos de instrucciones, consagra una obligación de resultado[25], de la que solamente se exoneren en cuanto acrediten fuerza mayor o caso fortuito.

b) *Información y consejo*. En algunos casos, como sucede en los negocios de intermediación de seguros, le corresponde al empresario el deber de aconsejar al cliente, en cuyo caso se trata de una obligación distinta de la de informar; por supuesto que en este caso le incumbe al deudor de esta prestación suministrar los datos necesarios con el fin de que la otra parte decida en la forma en que se le sugiere respecto de la eventual conveniencia de ajustar el contrato.

El deber de consejo se manifiesta desde la etapa previa al perfeccionamiento del negocio, oportunidad en que el consejero, conocedor de las necesidades que mediante el contrato aspira a satisfacer, facilita al acreedor (usualmente consumidores) la emisión de un consentimiento sustentado en la posibilidad cierta de cumplir sus obligaciones en etapa de ejecución. De donde el quebrantamiento del deber de consejo y consecuente responsabilidad del deudor se predica de la circunstancia de que el cocontratante haya concluido un contrato en condiciones desventajosas por no habérsele suministrado consejo o porque se haya emitido defectuosamente[26].

No sobra señalar, en todo caso, que según algunos autores, en la medida de lo posible todo profesional está obligado no solo a describir su producto (obligación de información), sino también a aconsejar al

[25] En ese sentido, MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*

[26] STIGLITZ, *op. cit.,* pág. 182.

consumidor sobre la conveniencia de adquirirlo, sin que se llegue al extremo de exigírsele al proveedor que recomiende a un competidor[27].

c) *Límites de las obligaciones de información y de consejo.* Debe advertirse que estas dos obligaciones cobran verdadera relevancia en cuanto una de las partes sea profesional y la otra sea profana en la materia. Si ambas partes conocen o deben conocer en razón de su oficio los alcances del contrato que aspiran a concretar, la obligación de informar o la de brindar consejo desaparecen o por lo menos se atenúan. Así mismo, tampoco existe el deber de informar a quien ya ha sido debidamente ilustrado sobre la materia en razón de situaciones precedentes surgidas entre las partes, ni sobre aspectos que por virtud del más elemental sentido común son conocidos por todos. Por lo demás, en el ámbito médico cobra especial relevancia la excepción al deber de informar que se deriva del privilegio terapéutico, conforme al cual el facultativo, atendiendo las reglas de la experiencia y dadas las circunstancias piscológicas o culturales que rodeen al paciente, puede abstenerse de brindarle la información pertinente, si tiene evidencia de que los datos que le suministre agravarán su condición o dificultarán el tratamiento de su dolencia.

Ahora bien, las obligaciones de informar y de aconsejar tienen como punto de partida el supuesto de que, a su vez, el lego suministre ciertas informaciones que le permitan al deudor informar adecuadamente; esto es, cada una de las partes debe informar para informarse. Así, el adquirente de un bien o servicio deberá comunicarle sus necesidades al productor o suministrador, para que este sepa a su turno cuáles son las informaciones que debe brindarle al adquirente. Lo que se busca es que la parte conocedora no se aproveche de la ignorancia de su contraparte.

d) *Publicidad e información.* No puede negarse que en la actualidad la publicidad desempeña un papel preponderante en las relaciones de consumo, en la medida en que crea nuevas necesidades, persuade y determina las preferencias de los consumidores, estimulándolos al consumo de acuerdo con las necesidades empresariales.

Trátase, en consecuencia, de una particular técnica dirigida a informar y promocionar la existencia y características de un bien o un servicio, divulgando sus ventajas o cualidades con miras a aumentar su consumo, todo lo cual se hace acudiendo a cualquier medio de difusión.

[27] Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil,* 2ª ed., t. I, Bogotá, Legis, 2007, pág. 562.

Desde esa perspectiva, la publicidad y el mercadeo se han convertido en mecanismos definitivos de este proceso, cuyo primer paso es la atracción del potencial cliente. De ahí que las empresas que desean ingresar a un mercado deban invertir cuantiosos recursos en campañas publicitarias intensivas a fin de promover un producto o servicio creando expectativas y transmitiendo la imagen que desean hacer evidente a los consumidores[28].

Por tal razón la publicidad comercial suele ser vista como una cuestión previa a la apertura de los tratos o concomitante con ellos; incluso, en ciertas ocasiones podrá ser valorada como una verdadera oferta de contrato realizada al público o a un conjunto indeterminado de personas. Por supuesto que serán las particularidades de cada asunto las que determinarán la conclusión que habrá de extraerse.

Es palpable, en todo caso, que el mensaje publicitario integra el deber informativo que pesa sobre los productores de bienes y servicios, por dos razones: 1) porque la publicidad contribuye a componer el contenido virtual de los futuros contratos con los consumidores y, por ende, vinculante para aquel, que deberá ceñirse a los términos anunciados; 2) porque la ausencia o el defecto de información que convierte en peligroso un producto compromete la responsabilidad del empresario[29].

e) *Carácter vinculante de la publicidad en el estatuto del consumidor*[30]. Dispone el artículo 29 de la ley 1480 de 2011: "Las condiciones

[28] CELIA WEINGARTEN y otros, *Derecho del consumidor,* Buenos Aires, Eudeba, 2007, pág. 114.

[29] AGOGLIA y otros, "La publicidad de fármacos y la teoría de los bienes sociales", en *La responsabilidad, Homenaje a Isidoro H. Goldenberg,* Abeledo-Perrot, págs. 514-515.

[30] Disponía el artículo 14 del derogado decreto 3466 de 1982, que "toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad o idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º a 7º del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica

objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad".

A su vez, el artículo 30 establece: "Está prohibida la publicidad engañosa.

"El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. *El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave.* En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados".

Por último, el artículo 33 del mismo estatuto prescribe:

"Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.

"Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

"Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente".

Ponen de presente las normas citadas un ánimo mucho más decidido del legislador de proteger al consumidor respecto de los contenidos publicitarios, protección que comprende diversos ámbitos: en primer lugar, otorgándole a la publicidad que reúna los requisitos de la oferta fuerza vinculante para el empresario; en segundo término, estableciendo la integración del contrato con los anuncios publicitarios de manera que estos, en cuanto sean de carácter informativo y aludan a "condiciones objetivas y específicas", obligan al anunciante muy a pesar del clausulado final de convenio; y, finalmente fijando, en todo caso,

---

oficializada, según el caso". A su vez, el artículo 31 del aludido estatuto prescribía que el productor "es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes o servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor".

la responsabilidad, tanto del anunciante como del medio publicitario, por causa de la emisión de publicidad engañosa, en los términos señalados por la ley.

En el primer aspecto, se relativiza en lo pertinente el artículo 847 del Código de Comercio[31], siempre y cuando, desde luego, el anuncio tenga por destinatario a los consumidores, habida cuenta de que se trata de reglas de incontrovertible sentido tutelar de los derechos y expectativas de estos[32]. Por supuesto que en los rotundos y contundentes términos en los que están redactados los referidos preceptos, en los que el término rector es que "obligan" al anunciante (en el artículo 29 de la ley) o a quien "las realice" (las promociones u ofertas), como se lee en el artículo 33 *ibidem*, debe colegirse, sin lugar a esguinces de ningún talante, que si el anuncio publicitario reúne los demás requisitos previstos en la ley para la oferta, a los cuales más adelante se aludirá, vincula al anunciante, de modo que la aceptación del oferente perfecciona el contrato en una relación de consumo[33].

De ese modo, el espectro de protección que brinda la ley 1480 de 2011 supera de lejos el régimen precedente que, en principio, circunscribía la tutela del consumidor a las acciones derivadas de los vicios del consentimiento[34].

[31] Prevé el artículo: "Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna".

[32] El ordinal 3º del artículo 5º de la ley 1480 de 2011 establece que se tiene como consumidor a "toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario".

[33] En sentencia del 30 de abril de 2009, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia definió la relación de consumo como la que constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos.

[34] Este punto de vista queda demostrado con la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 1º de noviembre de 2011, en la que advirtió que la responsabilidad proveniente de la publicidad engañosa debía examinarse en varios momentos, esto es, en la etapa de los tratos preliminares, en cuyo caso la controversia se sitúa en el ámbito de responsabilidad civil precontractual "o extracontractual"; pero si se ha celebrado el negocio jurídico, genera acción contractual y "además los efectos de la pluricitada

Desde la otra perspectiva, las condiciones objetivas y específicas de los anuncios publicitarios se integran al clausulado del contrato y obligan al anunciante, muy a pesar de que, en caso de documentarse el convenio, no se recojan esas estipulaciones; desde luego que si el anuncio motivó al consumidor para adquirir o utilizar el bien o servicio, su contenido vincula al empresario.

Por último, porque sin vacilaciones de ninguna índole se establece la responsabilidad del anunciante y del medio por el engaño que hubiese podido sufrir el consumidor con el anuncio publicitario.

f) *Otros deberes de conducta.* Bianca[35] rescata, así mismo, otros deberes como los de *claridad*, conforme al cual, en las negociaciones y durante la formación del contrato las partes deben evitar un lenguaje equívoco, susceptible de no ser comprendido por el otro, que se traduzca en aprovecharse de la falta de comprensión del significado de las estipulaciones aceptadas; *sigilo*, que les impide divulgar los asuntos reservados que hayan conocido como partícipes de las negociaciones, con mayor razón cuando la ley les impone el deber del secreto (como acontece con los profesionales); *el deber de realizar los actos necesarios para la validez o eficacia del contrato,* que se evidencia en la incuria de estos de ejecutar los actos que les incumbe, necesarios para perfeccionar el contrato, como cuando se abstienen de diligenciar las autorizaciones previas que sean del caso.

B) *La responsabilidad precontractual*

Los estudios de Ihering, realizados en el siglo xix, estuvieron enderezados a demostrar que del comportamiento precontractual podía colegirse una "culpa in contrahendo", conclusión que, concretamente, refirió a la responsabilidad de una de las partes por la nulidad del contrato derivada de vender cosas no comerciales o inexistentes. No obstante,

---

«conducta ilegal», podrán manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por «error o dolo», en los términos de los supuestos previstos en los artículos 1510, 1511 y 1515 del Código Civil, al igual que en el 900 del estatuto mercantil, lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al «consumidor», la impugnación de la validez del «contrato» de conformidad con el inciso final del precepto 1741, en armonía con el 1743 *ibidem,* y en su caso, el último aparte de la norma comercial; además de la formulación de otras súplicas que jurídicamente sean acumulables".

[35] Massimo Bianca, *Derecho civil,* t. iii, El contrato, trad. de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 186 y ss.

a partir de esos conceptos, la doctrina y la jurisprudencia[36] advierten en la actualidad la existencia de esa especie de responsabilidad en un nutrido número de hipótesis, entre las cuales cabe señalar las siguientes: 1) el rompimiento injustificado de las negociaciones preliminares por uno de los participantes; 2) cuando alguno de ellos dice estar interesado en contratar pero solo con el propósito malintencionado de obtener algún beneficio propio (información, por ejemplo); 3) las negociaciones que se adelantan solo con el propósito de distraer la atención de una de las partes frente a otras posibles negociaciones; 4) cuando las partes logran un acuerdo sobre los aspectos medulares del negocio, pero a su vez pactan perfeccionarlo mediante una solemnidad, que se frustra por el retiro de uno de ellos[37]; 5) uno de los tratantes conoce la existencia de algunas circunstancias que inciden negativamente en el contrato y sin embargo la oculta a la otra parte; etc.

a) *La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones.* Entre las distintas hipótesis de incorrección durante las conversaciones preliminares y, por ende, de responsabilidad precontractual, es particularmente relevante la concerniente con el injustificado rompimiento de ellas. Al respecto, es oportuno insistir en que los sujetos involucrados en tratos previos gozan de un sensato margen de autonomía con miras a decidir si se vinculan o no mediante un contrato, pues de por medio está el "principio de libertad de iniciativa", que va de la mano de las estructuras jurídicas de los sistemas de economía de mercado. Empero, como igualmente ya se dijo, "libertad" no significa arbitrariedad o temeridad; por supuesto que a medida que los tratos avanzan surge entre los interlocutores una explicable confianza en la seriedad y las buenas perspectivas de aquellos, de manera que no pueden abandonarlos caprichosamente, es decir, sin que exista una razonable justificación. Precisamente, son la traición de la confianza generada, que se acentúa en la medida en que progresan las conversaciones o se exteriorizan ciertos actos indicativos de su buen rumbo, la arbitrariedad del rompimiento de las conversaciones y la producción, por esa causa, de un perjuicio, los detonantes de esa especie de responsabilidad precontractual.

[36] FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato,* t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

[37] DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* pág. 276.

La jurisprudencia patria[38], para efectos de establecer el *contenido* y *alcance* de la reparación de perjuicios derivada de la rotura abrupta de los tratos previos, menoscabo que, valga la pena acotarlo al paso, la Corte sitúa al margen de la responsabilidad contractual, pues la radica, por el contrario, en el quebrantamiento del principio general de la buena fe (C. de Co., art. 863), ha distinguido entre el interés positivo y el interés negativo del afectado. Así, ha establecido que este tiene derecho a una indemnización cuya tasación no se relaciona con el interés en el cumplimiento del pacto que no se ajustó (interés positivo), sino que corresponde al denominado "interés negativo o de confianza", enderezado a restablecer la situación patrimonial negativa en la que pueda encontrarse por causa del inesperado e infundado abandono de la negociación, vale decir, que compensa los daños de toda índole, patrimoniales o no, derivados de la referida circunstancia.

En cuanto a los primeros, es palpable que comprenden tanto el daño emergente, que le permite al damnificado reclamar el reembolso de los gastos (viajes, asesorías, costos, etc.) en los que incurrió por razón de las conversaciones frustradas, como el lucro cesante, esto es, los beneficios ciertos que hubiese dejado de obtener, teniendo en cuenta, eso sí, que no se trata de estimar las ganancias fallidas propias del incumplimiento del contrato malogrado (que integra el interés positivo o de incumplimiento de un contrato), sino de la pérdida que supone confiar en la seriedad de una negociación, abandonando una posición económicamente favorable y realmente existente al momento del evento dañoso, por ejemplo, la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto del que habría reportado ventaja[39].

b) *Otras hipótesis de responsabilidad precontractual.* Ya se dijo cómo existen otras circunstancias, distintas del rompimiento, que comprometen la responsabilidad de las partes por faltar a los deberes de corrección y buena fe durante la fase de las conversaciones preliminares. Puede acontecer, por ejemplo, que una vez concluido, e incluso, ejecutado, el contrato resulte malformado o totalmente distinto de lo esperado por una de ellas, por causas atribuibles a manifestaciones o comportamientos del otro, coetáneos a las negociaciones. Es posible,

[38] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1989, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

[39] *Idem*, *ibidem*.

entonces, que aflore una causal de nulidad que lo afecte, en cuyo caso no basta con declarar la invalidez del acuerdo, pues se impone indemnizar los perjuicios padecidos por la víctima, hasta el punto de que doctrina foránea, elaborada sobre fallos judiciales, concluye que en esta hipótesis la acción resarcitoria, que es de carácter extracontractual, se gobierna por sus propias reglas, entre ellas las de prescripción, independientemente de las relativas al régimen de nulidades[40].

C) *Las cartas de intención*

Mediante las cartas de intención una o todas las partes aceptan entablar negociaciones sobre un conjunto de cuestiones básicas que señalan y que pueden evidenciar su designio de adelantar el negocio, o de expresar sus propósitos o de fijar las bases del ulterior contrato[41].

D) *El valor de actas y minutas. La "punktation"*

Suele ocurrir, particularmente en cuestiones de alguna complejidad, que las partes asienten en un acta o minuta aquellos aspectos del negocio en los que han logrado un consenso, sin que pueda decirse que el contenido de ese documento, aun cuando esté suscrito por ellas, tenga carácter vinculante, precisamente porque no versa sobre la totalidad de los elementos estructurales del contrato, o porque solo fue concebido como memoria para reflexionar sobre lo acontecido.

Es innegable, en todo caso, que "la minuta" realza la confianza entre los partícipes, pues presupone no solo un estado más avanzado de los tratos preliminares, sino seguramente la fijación de ciertos asentimientos, razón por la cual impone mayor rigurosidad al momento de sopesar la "corrección" de una eventual interrupción de las negociaciones[42].

Mediante la alocución *punktation* suele hacerse referencia al negocio que se forma cuando los interesados convergen sobre los elementos esenciales de él, dejando de lado las cuestiones secundarias o accesorias para ser establecidas posteriormente por estos o el juez; se trata, no obstante, de una modalidad que si bien es acogida por el Código

[40] GENEVIÈVE VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad,* trad. de Fernando Montoya Mateus, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 425.

[41] STIGLITZ, *op. cit.,* pág. 184.

[42] BIGLIAZZI GERI y otros, *op. cit.,* pág. 763.

suizo de las Obligaciones, el Código de Polonia y el de Austria, entre otros[43], no fue recogida por nuestro ordenamiento.

E) *Los acuerdos preliminares*

Por último, puede acontecer que los negociantes asuman obligaciones específicas, eficaces y exigibles por el otro, como acontece con los pactos de opción, preferencia o el contrato de promesa, en cuyo caso la responsabilidad que se deduce por el incumplimiento de lo prometido, si bien forma parte de la progresión de actos encaminados a perfeccionar un contrato futuro, no puede situarse en el ámbito prenegocial, sino en el plano contractual, por no honrar obligaciones jurídicas concretas emanadas de la autonomía de la voluntad.

Así, en virtud del pacto de preferencia, una persona asume el compromiso, en caso de decidirse a contratar, de preferir para tal efecto al beneficiario de la promesa en las mismas condiciones que ofrece un tercero, o en aquellas precisadas en el momento del acuerdo, pacto que no puede estipularse por término superior a un año (C. de Co., art. 862).

Por el contrario, mediante la opción una de las partes promete ajustar un negocio futuro, pero la decisión sobre si debe celebrarse el negocio corresponde a la otra parte, la cual, desde luego, en principio, no asume compromiso alguno y mantiene libertad de obrar (ley 51 de 1918, art. 23). Este pacto tampoco puede exceder de un año.

3. La formación del contrato a partir de la formulación de una oferta

Como desde un comienzo quedó dicho, dentro de los distintos procedimientos que dan lugar a la formación del contrato destaca la formulación de una oferta o propuesta en virtud de la cual el proponente exterioriza al destinatario su firme intención de contratar.

A) *Definición de oferta, contenido y requisitos*

A grandes rasgos, señala Martínez Gallego[44], "la oferta es una declaración unilateral de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, en la que se formula el proyecto de contenido de un contrato".

[43] Gabriel Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales,* t. ii, Los Contratos, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1994, pág. 51.

[44] Eva Martínez Gallego, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación,* Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 28.

Conforme a la prescripción contenida en el artículo 845 del Código de Comercio colombiano, la oferta o propuesta es el "proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra", que debe reunir, como ese mismo precepto lo reclama, las condiciones esenciales del negocio (*essentialia negotti*); por supuesto que las cosas deben ser así, porque ha de ser suficiente la aceptación pura y simple del destinatario para que se perfeccione el contrato.

En todo caso, dadas las dificultades que en el ámbito del comercio internacional esa exigencia puede tener, el Convenio de las Naciones Unidas de Viena (1980), aunque circunscrito a la venta, considera en el artículo 14 que hay una verdadera oferta en las siguientes hipótesis: 1) cuando exista una determinación expresa de las mercancías o, en general, del objeto del contrato y del precio, el cual debe comprender la especie monetaria en que se hará el pago; 2) cuando la propuesta determina los bienes, pero el precio y la cantidad de la mercancía pueden, incluso, resultar tácitos, pero pueden especificarse a partir de acuerdos marco (compra de toda la producción del productor o de provisión verídica), o pueden colegirse de los usos de los comerciantes o prácticas o vínculos anteriores; 3) cuando a pesar de que la propuesta no contenga la plena determinación del objeto, sí refiere los criterios necesarios para determinarlo, o eventualmente le entrega esa potestad a un tercero[45].

Refiriéndose a los requisitos que la propuesta debe reunir, la Corte Suprema de Justicia[46] señaló que debe ser firme, inequívoca, precisa, completa, debe constituir un acto voluntario del proponente, estar dirigida al destinatario y ser conocida por este.

Firme, quiere decir que debe contener la voluntad incondicional de celebrar el contrato proyectado después que el destinatario la acepte, es decir, sin el menor atisbo de duda respecto de su seria intención de contratar[47]. Es *inequívoca* porque ha de contener de manera indudable y clara la intención de negociar en la forma propuesta; debe ser *completa*, pues, como ya se dijo, debe contener los elementos esenciales del contrato propuesto, de manera que baste con la aceptación del

[45] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.,* pág. 285.

[46] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

[47] MARTÍNEZ GALLEGO, *op. cit.,* pág. 38.

destinatario para que el contrato se forme. Es *recepticia*[48], esto es, que desplegará los efectos que le son propios en cuanto esté dirigida a otra persona. La oferta, a diferencia de otros actos jurídicos, como el testamento, que producen efectos una vez perfeccionados, a pesar, inclusive, de que los beneficiarios los desconozcan, debe estar dirigida a una o varias personas determinadas o personas indeterminadas. Así mismo, se entiende comunicada a partir del momento en que el oferente utiliza cualquier medio adecuado para que llegue al conocimiento del destinatario (C. de Co., art. 845).

En punto de la firmeza de la oferta, es oportuno acotar que ese requisito tiene en el sistema colombiano un significado distinto del que la legislación foránea le otorga, concretamente la italiana, habida cuenta de que allí se entiende que la propuesta es firme cuando se acompaña de un término dentro del cual su destinatario tiene la facultad de aceptarla o no; comporta implícitamente, entonces, una renuncia del proponente al derecho de revocación, que allí es la regla general, para tornarse vinculante por toda la duración del plazo[49].

B) *Irrevocabilidad de la oferta*

Tanto el derecho romano como el común prescribían que el contrato se perfeccionaba con la concurrencia simultánea de dos declaraciones de voluntad coincidentes. Así las cosas, bien podía el proponente, siguiendo los designios de su voluntad, retirar la oferta antes de recibir la aceptación, motivo por el cual su destinatario no tenía ninguna certeza de que su declaración de voluntad cerraba el trato[50].

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina francesa clásica, que siguiendo en el punto a Pothier, le niega eficacia vinculante a la oferta, aduciendo que así como no es permitido transferir a otra persona un derecho por la sola voluntad del disponente, esto es, sin mediar el consentimiento del favorecido, tampoco es posible, mediante una promesa, conferirle a otro un derecho contra el promitente mientras el destinatario no la acepte. En términos prácticos, esto significa que la

[48] No obstante, algunos autores, y en ese sentido, Martínez Gallego, *op. cit.,* pág. 34, no incluyen en los requisitos, en sentido estricto, de la oferta su condición de ser recepticia, en cuanto consideran que es un elemento esencial.

[49] Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato,* t. i, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 314.

[50] Andreas von Tuhr, *Tratado de las obligaciones,* t. i, trad. de W. Roces, Madrid, Reus, 1934, pág. 137.

oferta caduca por la muerte o la incapacidad del oferente, e igualmente, que a este se le reconoce la facultad de arrepentirse, siempre y cuando, claro está, no hubiese sido ya aceptada[51]. En todo caso, la jurisprudencia de ese país ha morigerado el rigor de ese principio al resolver que cuando la oferta contiene un plazo expreso para ser aceptada el oferente que se retracta compromete su responsabilidad y debe indemnizar los perjuicios que le ocasione al destinatario.

La doctrina italiana, por su parte, señala que como la propuesta no constituye para el destinatario más que una expectativa, ya que no tiene el deber jurídico de contestarla, no tiene carácter obligatorio o vinculante para el oferente, que puede revocarla mientras no sea aceptada, sin que, en todo caso, le sea dado actuar de mala fe. Por otra parte, caduca si sobreviene la muerte o incapacidad del proponente, siempre que este no haya conocido ya de la aceptación efectuada; a su vez, el heredero no queda vinculado por la oferta[52].

Contrariamente, la legislación alemana, con miras a fortalecer el comercio, le confiere a la oferta eficacia vinculante, en el sentido de que, una vez llegado a su destino, no le es dado al oferente revocarla, ni puede evitar que el contrato se celebre, siempre y cuando sea oportunamente aceptada; incluso, mantiene su eficacia si es recibida por el destinatario después de fallecido aquel. No obstante, le es permitido al proponente restarle eficacia vinculante en cuanto exprese que se reserva el derecho de retractarse mientras no sea aceptada[53].

El artículo 846 del Código de Comercio colombiano dispone, con alguna ambigüedad, que "la propuesta será irrevocable. Por consiguiente, una vez comunicada no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario [...] La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria".

La imprecisión que al reseñado precepto se le enrostra consiste en que si bien es innegable que, siguiendo la concepción alemana, consagra el principio de la irrevocabilidad de la oferta, carece de claridad

[51] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y otro, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos,* 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 152.

[52] MESSINEO, *op. cit.,* pág. 313.

[53] VON TUHR, *op. cit.,* pág. 137.

en cuanto a sus alcances y efectos, pues puede interpretarse en el sentido de que, efectuada la retractación, no le otorga al destinatario la acción de cumplimiento en caso de haber aceptado, sino solo la de pedir la reparación de los perjuicios que sufra, lo que significaría que el proponente puede retractarse pagando la indemnización del caso[54].

Refiriéndose al punto, José Ignacio Narváez[55], después de asentar que el código derogado había adoptado una posición ecléctica contradictoria e insostenible en cuanto conservó de la doctrina clásica el principio de revocabilidad de la oferta, pero de la moderna dedujo una indemnización de perjuicios derivados de la retractación del proponente, señala que el reseñado artículo 846 acoge el principio de la irrevocabilidad de la oferta, conforme al cual, una vez comunicada, el proponente no puede revocarla, so pena de indemnizar los perjuicios que con ese acto cause al destinatario. De ahí que, igualmente, ni el fallecimiento ni la incapacidad del oferente, sobrevenidos uno y otro antes de la aceptación, impidan el perfeccionamiento del contrato, cuando esta se produzca oportunamente, a menos, claro está, que se trate de servicios personales que solo el fallecido podía prestar.

Ospina Fernández[56], a su vez, acota que el sistema colombiano se caracteriza porque la oferta es irrevocable durante el plazo previsto por el oferente o, en su caso, por la ley, y porque sigue siendo obligatoria a pesar de la muerte o incapacidad del proponente ocurridas dentro de ese lapso. En consecuencia, el incumplimiento de ese acto jurídico obligatorio genera en favor del acreedor la acción de cumplimiento y, subsidiariamente, la indemnizatoria de perjuicios. Y en ese sentido habría que entender la segunda proposición del artículo 846, esto es, que sin excluir la acción de cumplimiento, el destinatario de la oferta que la hubiese aceptado oportunamente tiene, también, subsidiariamente, la indemnizatoria.

Por su parte, Escobar Sanín subraya que a pesar de "su defectuosa definición, es suficiente e incuestionable la enfática frase «será irrevocable». Pero, además, está seguida luego por la explicación innecesaria de que «una vez comunicada no podrá retractarse el proponente». Y para mayor abundamiento, el inciso segundo establece que la «propuesta

[54] Jorge Suescún Melo, *Derecho privado,* t. ii, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2003, pág. 68.

[55] José Ignacio Narváez García, *Obligaciones y contratos mercantiles,* Bogotá, Edit. Temis, 1990.

[56] Ospina Fernández, *op. cit.,* págs. 160 y ss.

conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación», pues ello corrobora la objetiva vinculación que se otorga al referido compromiso para mayor seguridad en el comercio jurídico. De manera que la revocación, la muerte y la incapacidad no impiden la eficaz aceptación de la oferta"[57].

C) *Clases de propuesta*

La oferta puede ser *verbal*, es decir, cuando se formula oralmente entre personas presentes, o aunque distantes, se comunican telefónicamente (C. de Co., art. 850); *escrita,* en cuyo caso puede estar contenida en notas, prospectos, catálogos o avisos, con indicación del precio de las mercaderías ofrecidas. Puede ser *pública*, como cuando se hace a personas no determinadas mediante prospectos, circulares o cualquier medio de propaganda, en cuyo caso, por disposición del artículo 847[58] del mencionado código, no es obligatoria para quien la hace; sin embargo, cuando esos documentos se envíen a personas determinadas, acompañados de una nota que no tenga las características de una circular, es obligatoria, a menos que se inserte alguna salvedad.

También es pública la oferta que se exterioriza mediante conductas socialmente relevantes, como la exhibición en vitrinas o mostradores (art. 848, *idem*), con la indicación del precio de las mercaderías expuestas al público, como acontece en supermercados y grandes almacenes. Del mismo modo, el artículo 848 del reseñado estatuto prevé que es obligatoria la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo.

Otro tanto acontece con la regla del artículo 856 del citado código, relativa a la oferta pública de una prestación o premio, vale decir, aquella promesa manifestada públicamente de ejecutar una prestación o satisfacer una retribución pecuniaria, en favor de quien cumpla las condiciones establecidas por el promitente. Tal propuesta es obligatoria, en cuanto se cumplan los requisitos que en ella se especifican y

[57] ESCOBAR SANÍN, *op. cit.,* pág. 432.

[58] El artículo 847 del Código de Comercio colombiano prescribe: "Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna".

tiene un límite temporal de un mes contado desde su fecha, a menos que en ella se establezca un plazo distinto o de su naturaleza deba inferirse un término diferente[59]; sin embargo, conforme lo prevé el artículo 857 *idem,* puede revocarse antes de su vencimiento cuando medie justa causa y la cancelación se ponga en conocimiento del público en la misma forma que la promesa. En todo caso, la revocación es ineficaz respecto de quienes ya hubiesen cumplido las condiciones de la oferta.

Cuando la oferta se dirige en forma determinada a una persona, será *privada.*

D) *Aceptación de la oferta*

La aceptación es el acto mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta, expresa[60] o tácitamente[61], su conformidad con la misma, es decir, que la consiente y hace suyos los efectos que le corresponden. Se trata, desde luego, de un acto libre en el sentido que éste no está obligado a emitirla o rechazarla, motivo por el cual le es dado, incluso, permanecer en silencio respecto de ella, sin que, en principio, su mutismo sea jurídicamente relevante.

a) *Requisitos de la aceptación.* La aceptación debe ser *inequívoca,* es decir, que debe revelar de manera cierta la voluntad del destinatario de ajustar el contrato. En ese sentido, son irrelevantes las manifestaciones ambiguas que aun cuando no comporten un rechazo explícito de la oferta, tampoco exteriorizan con certidumbre la intención de aquel de contratar. En consecuencia, expresiones como acusar recibo de la propuesta, mostrar interés en el asunto, solicitar mayor información, entre otras, no pueden tenerse como adhesión al proyecto de contrato.

Igualmente, la aceptación debe ser *pura y simple,* expresión con la que se quiere significar que debe coincidir fielmente con los términos de la oferta; por consiguiente, si el destinatario se somete a la propuesta pero introduciéndole, a su vez, modificaciones, no se trata de una verdadera aceptación porque la voluntad de las partes recae sobre

[59] Narváez García, *op. cit.,* pág. 87.

[60] Se entiende por aceptación expresa, en términos de Martínez Gallego, *op. cit.,* pág. 76, "aquella que se realiza con el propósito de dar a conocer al oferente la aceptación, pudiendo dirigirse a aquel por cualquier medio, pero sin olvidar que el oferente se encuentra facultado a una determinada forma a través [*sic*] de la cual se ha de aceptar su propuesta para que el contrato sea perfecto".

[61] La aceptación tácita presupone un comportamiento significativo de conformidad con la oferta.

aspectos disímiles. El artículo 855 del Código de Comercio señala que la aceptación condicional debe considerarse como una nueva propuesta.

Se trata, advierte DÍEZ- PICAZO[62], de lo que la doctrina anglosajona denomina "la regla de la imagen en el espejo", conforme a la cual, si el destinatario acepta la oferta pero le introduce en su comunicación un elemento nuevo o condiciones que la modifican, no hay verdadera aceptación, sino una contraoferta. Se produce, entonces, una inversión de la situación, de modo que el destinatario se convierte en oferente (*last shot rule,* o regla de la última palabra). Según algunos, se entendería que la contraoferta supone rechazo de la oferta y queda vigente como última propuesta. La aceptación de la contraoferta por el oferente se rige por las reglas generales.

Por último, la aceptación debe ser *oportuna,* esto es, debe producirse antes que la oferta haya expirado (o caducado) por el transcurso del tiempo; por supuesto que como la oferta tiene un límite temporal de vigencia, ya sea el previsto por las partes o el oferente (C. de Co., art. 853), o el supletoriamente establecido por el legislador, ella debe ser aceptada tempestivamente.

Cuando la propuesta no contiene un plazo para su aceptación, debe producirse en los términos fijados en la ley. En consecuencia:

Si la oferta es *verbal*, debe ser aceptada o rechazada por el destinatario en el acto de oírse (art. 850 *idem*). Para tales efectos se entenderá como verbal la propuesta hecha por *teléfono*. Si fue formulada por *escrito*, el destinatario que resida en el mismo lugar del proponente deberá rechazarla o aceptarla dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta; pero si reside en lugar distinto, a dicho plazo deberá sumarse el de la distancia (art. 851), término que según el artículo 852 *eiusdem* debe estimarse según el medio de comunicación empleado por el proponente.

Para el cómputo de ese término el Código adoptó el *sistema de la expedición* (art. 845); es decir, se tiene en cuenta la fecha de remisión del escrito y no el de su fecha. Empero, esto evidencia cierta contradicción con lo previsto en el artículo 864 del mismo estatuto, conforme al cual el contrato "se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este *reciba* la aceptación de la propuesta", precepto que parece acoger abiertamente el sistema de la recepción, según el cual las convenciones se perfeccionan en el momento

[62] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.,* pág. 310.

en que llega la aceptación a la residencia del oferente, aunque este no se haya enterado o informado de aquella; sin embargo, agrega esta norma que "se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario prueba la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851", con lo cual sustituye el sistema de la recepción por el de la expedición de la aceptación[63].

Por último, las ofertas que se hacen en *vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos, con indicación del precio y de la mercadería ofrecida,* serán obligatorias mientras estén expuestas al público (art. 848, *ibid.*).

Cuando la oferta pública es de *uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto,* por un precio fijo, el límite temporal de ella se extiende hasta el día siguiente al del anuncio. Débese subrayar de una vez que cuando no se indica el precio no pueden calificarse de verdaderas propuestas, sino de simples invitaciones a contratar.

La respuesta *extemporánea* de la oferta no puede entenderse como aceptación; por el contrario, por mandato del artículo 855 *idem,* debe concebirse como una contrapropuesta susceptible de ser aceptada por el originario oferente.

b) *Aceptación tácita de la oferta.* Si bien, como ya se dijo, la aceptación debe ser inequívoca, esto no significa que no pueda ser tácita, pues la intención de contratar puede reflejarse mediante actos positivos que efectivamente la pongan de presente. Actos como ejecutar la prestación esperada o dar comienzo a su cumplimiento, entregar la cosa, pagar el precio, entre otros, pueden reflejarla irrefragablemente[64].

La Corte Suprema de Justicia[65], al resolver un litigio en el que las partes habían acordado perfeccionar el contrato mediante una solemnidad no prevista por el ordenamiento, subrayó que esta debía cumplirse para que el negocio pudiera reputarse como realmente celebrado. No obstante, si las partes principian la entrega de la cosa vendida, la compraventa se reputa perfecta y ya no será un contrato solemne o no habrá necesidad de que lo sea. En consecuencia, la entrega de la cosa

[63] Ospina Fernández, *op. cit.,* págs. 153-154.

[64] El art. 854 del C. de Co. prescribe: "[...] aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso".

[65] Sent. de 16 octubre 1980.

consentida por ambos interesados tiene doble efecto: implica, por un lado, mutuo disenso del pacto de otorgar escritura; por otro, envuelve la aceptación tácita de la oferta.

En síntesis, puede aceptarse una oferta mediante actos concluyentes del destinatario que indiquen inequívocamente adhesión a ella; desde luego que en esa hipótesis corresponderá al juez determinar en cada caso si tales actos denotan adhesión a la propuesta.

En línea de principio, la aceptación tácita solamente se tendrá como tal cuando la aquiescencia del destinatario es conocida por el oferente en el plazo establecido para la aceptación. Empero, excepcionalmente pueden existir algunos casos en los que no se necesita la comunicación de la aceptación, como cuando la oferta haya admitido expresamente la posibilidad de una aceptación tácita, o cuando entre las partes existieran anteriores prácticas en el mismo sentido; y, por último, cuando así lo determinen los usos del tráfico en la materia de que se trate. Así pues, incumbe al aceptante comunicar por cualquier medio al oferente la ejecución de los actos determinantes de la aceptación tácita[66].

c) *La aceptación por el silencio.* Anotaba DEMOLOMBE[67], que "para la manifestación del consentimiento necesario en los contratos no basta con decir no; es preciso decir sí", motivo por el cual el silencio del destinatario no puede entenderse como señal de aceptación de la oferta, incluso, a pesar de que el proponente hubiese insertado en la propuesta la cláusula conforme la cual entiende por aceptación el mutismo de aquel.

No obstante, el silencio puede ser jurídicamente relevante, es decir, puede comportar adhesión a la propuesta, si: 1) existen normas jurídicas que así lo determinan; en ese sentido, el artículo 2151 del Código Civil es ejemplo, en cuanto prescribe que las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación; 2) del contexto general de las negociaciones que con anterioridad han ajustado las partes es posible deducir del silencio de una de ellas aceptación de la oferta; 3) igualmente, cuando los usos y prácticas sociales relacionados con el contrato respectivo califican el mutismo como aceptación de la oferta.

[66] DÍEZ- PICAZO, *op. cit.,* pág. 307.

[67] Citado por OSPINA FERNÁNDEZ, *op. cit.,* pág. 168.

d) *Efectos de la aceptación.* Aceptada oportuna y debidamente la oferta, se forma, por regla general, el contrato. El artículo 864 del Código de Comercio dispone que, salvo estipulación en contrario, el contrato se reputa celebrado "en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta [...] Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851".

En consecuencia, en tratándose de ofertas verbales, se perfecciona la convención una vez expresada la propuesta y aceptada por el destinatario, lo que ha de suceder después que se escucha.

Sin embargo, cuando la oferta y su aceptación fueron informadas por escrito, los autores discuten en torno al momento en que debe considerarse perfeccionado el contrato, y al respecto han formulado cuatro teorías: 1) la de la *declaración* o agnición, conforme a la cual este se forma en el momento en que el destinatario manifiesta su aceptación; 2) la del *conocimiento* o *información,* que infiere el perfeccionamiento del convenio cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación; 3) la de la *emisión* o *expedición,* según la cual el contrato nace cuando el aceptante le emite o le expide su aceptación al proponente; y 4) la de la *recepción,* que considera debidamente ajustado el contrato cuando el proponente hubiese recibido la aceptación del destinatario de la oferta[68]; criterio este último que adopta el artículo 864 del Código de Comercio, pero agregando la presunción consistente en que se entiende que el oferente recibió la aceptación cuando el destinatario prueba la remisión de esta oportunamente.

e) *Perfeccionamiento de los contratos solemnes.* Cuando por disposición de la ley o de la voluntad de las partes el surgimiento del contrato está sometido a una solemnidad, este se forma solamente con el cumplimiento de la formalidad prevista. Y si se trata de un contrato real, solo se reputará perfecto cuando se efectúa la tradición de la cosa a que se refiere (C. C., art. 1500). En consecuencia, la mera aceptación de la propuesta no lo perfecciona y, por ende, la responsabilidad de quien injustificadamente se aparta de lo preacordado compromete su responsabilidad civil en el ámbito precontractual, a menos, claro está, que ese proceso hubiese aparejado la celebración de un contrato de promesa (que la jurisprudencia califica como consensual en materia

[68] Narváez García, *op. cit.,* pág. 89.

mercantil), en cuyo caso quien quebrante lo acordado estará incumpliendo un verdadero contrato.

f) *Invitación a ofertar. El contrato por concurso. La licitación.* La invitación a ofertar es el acto mediante el cual el interesado explicita ante un número determinado o indeterminado de personas su intención de negociar, vale decir, la manifestación de que tiene disposición para oír propuestas que otros le hagan, con el ánimo de aceptar aquella que le sea más beneficiosa e, incluso, si ninguna resulta serlo, inhibirse de convenir el negocio. Esta modalidad de contratación suele presentarse en aquellas operaciones económicas que están precedidas de complejos estudios, obtención de datos, realización de proyectos y diseños técnicos, y en los cuales, precisamente por su naturaleza, el invitante está facultado para rechazar las proposiciones que reciba, sin que le sea dado, por supuesto, desatender los mandatos de la buena fe que nutren todas las negociaciones preliminares.

La invitación, como lo ha precisado la jurisprudencia colombiana[69], comprende un amplio espectro de posibilidades que van desde el anuncio de sus productos o servicios mediante avisos publicitarios, volantes, medios masivos de divulgación, en fin, cualquier forma de propaganda, a los que el artículo 847 *eiusdem* les niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas (*invitatio ad offerendum*), estas últimas sí irrevocables.

Por otro lado, no es posible confundir la oferta o propuesta con la invitación a contratar, puesto que, como igualmente lo ha subrayado la Corte, la naturaleza y efectos de cada una de ellas es disímil, como distinta es la responsabilidad que pueden originar. Desde luego que la oferta, una vez comunicada, no podrá ser revocada por el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que tal acto le cause al destinatario, amén que dará lugar al contrato una vez aceptada. En cambio, la invitación a negociar carece de este atributo porque solo exterioriza el ánimo serio de emprender negociaciones, iniciativa que suele plantearse en términos inciertos, como el deseo de atender las ofertas que otros formulen, y en cuyo caso, recibida la propuesta, corresponde al invitante decidir sobre su aceptación[70].

No obstante, puede acontecer que la convocatoria contenga la manifestación inequívoca del oferente en el sentido de que definitivamente

[69] C. S. de J., sent. del 4 abril 2001, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

[70] *Idem.*

ajustará el contrato con quien le presente la mejor propuesta, evento en el cual la invitación puede tener, de reunir las exigencias de ley, la naturaleza de una verdadera oferta. En todo caso, es claro que si el invitante se reserva el derecho de no seleccionar alguna de las propuestas, esto es, la potestad de declarar desierto el concurso o la licitación, pone de presente que su designio es contingente, es decir, que no es inamovible su voluntad de ajustar el contrato, motivo por el cual su perfeccionamiento se encuentra condicionado a que sean de su agrado la calidad, valor y rigurosidad de las propuestas y la idoneidad del proponente. Esta atribución, como se ha puntualizado, encuentra coto en los deberes de lealtad y buena fe propios de toda tentativa contractual[71].

La Corte Suprema de Justicia, al examinar las fases o etapas relevantes de la contratación por concurso, señaló las siguientes[72]: 1) *la convocatoria*, que es el acto mediante el cual el interesado hace pública su intención de contratar y en la que refleja las características de la operación económica que se propone realizar, sus propósitos y las reglas cardinales del proceso, a las cuales queda supeditado. Deberá determinar aquí los alcances de la invitación, esto es, si ella envuelve una verdadera propuesta, en cuyo caso irremediablemente contratará con quien resulte seleccionado como el mejor oferente, o si, por el contrario, el anuncio solamente refleja la posibilidad de examinar las ofertas que se le formulan pero bajo el supuesto de que se ha reservado la facultad de seleccionar alguna de ellas, hipótesis que presupone que el contrato se ajustará cuando tal escogencia se efectúe.

A la primera hipótesis alude el artículo 860 del Código de Comercio, al disponer que "en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás". Se trata, entonces, de un procedimiento similar, en cierta forma, al de la subasta, en la medida en que el anuncio contiene los elementos del contrato y las reglas que lo gobernarán, pero difieren en que la selección del mejor postor no se circunscribe al monto de su puja, como acontece en aquella, sino que es necesario sopesar otros aspectos, como la idoneidad del aceptante, las condiciones económicas, técnicas y profesionales de su postura, etc.

[71] *Idem.*

[72] C. S. de J., sent. del 23 noviembre 1989, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

2) *La concurrencia de los oferentes,* que al hacerlo aceptan las bases planteadas por el convocante y proceden a formular la propuesta, que de ser aceptada por este, perfeccionará el contrato. Ahora, si aquel exteriorizó una verdadera oferta, la comparecencia de los concursantes se tiene como aceptación y perfecciona el contrato, pero con la condición suspensiva de ser escogido como el mejor.

3) *La selección.* Es el acto mediante el cual se escoge la solicitud que reúna las mejores condiciones, ya sea que la realice el propio anunciante o que se valga para tal efecto del dictamen de terceros. Dependiendo de la convocatoria, tendrá la naturaleza de aceptación de la mejor oferta o de cumplimiento de la condición de la que pende el contrato ya formado.

4. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

BIANCA, MASSIMO: *Derecho civil*, t. III, El contrato, trad. de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BIGLIAZZI GERI, LINA y otros: *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, trad. de Fernando Hinestrosa, Santa Fé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS y otra: "El moderno contenido de la responsabilidad precontractual a partir de las relaciones de consumo", en *Homenaje a Atilio Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos de derecho civil*, 5ª ed., vol. I, Madrid, Civitas, 1996.

ESCOBAR SANÍN, GABRIEL: *Negocios civiles y comerciales*, t. II, Los Contratos, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.

JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO: *Responsabilidad civil médica*, Colección Ensayos, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

LE TOURNEAU, PHILIPPE: *La responsabilidad civil profesional*, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis, 2006.

MARTÍNEZ GALLEGO, EVA: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación,* Madrid, Marcial Pons, 2000.

MESSINEO, FRANCESCO: *Doctrina General del Contrato,* t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR: *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones,* Bogotá, Ibáñez, 2010.

Mosset Iturraspe, Jorge y otro: *Responsabilidad precontractual,* Santafé, Rubinzal Culzoni Editores, 2006.

Narváez García, José Ignacio: *Obligaciones y contratos mercantiles,* Bogotá, Edit. Temis, 1990.

Ospina Fernández, Guillermo y otro: *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1987.

Rogel Vide, Carlos: *Aceptación y contraoferta,* Madrid, Reus, 2014.

Stiglitz, Rubén S.: *Contratos civiles y comerciales,* t. I, Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

Suescún Melo, Jorge: *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2003.

Tamayo Jaramillo, Javier: *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., t. I, Bogotá, Legis, 2007.

Viney, Geneviève: *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad,* trad. de Fernando Montoya Mateus, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

v. Tuhr, Andreas: *Tratado de las obligaciones*, t. I, trad. de W. Roces, Madrid, Reus, 1934.

Weingarten, Celia y otros: *Derecho del consumidor,* Buenos Aires, Eudeba, 2007.

B) *Jurisprudencia*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1989, M. P. José Alejandro Bonivento Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 31 marzo 1998, M. P. Rafael Romero Sierra.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 4 abril 2001, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sent. de 2 febrero 2005, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2005, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 4 abril 2001, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Capítulo II

Categorías de contratos

Carlos Julio Giraldo Bustamante*

1. Introducción

A) *Interés por la calificación de los contratos y su clasificación*

El contrato es un supraconcepto aplicable a todo lo jurídico[1]. Es la piedra angular de las relaciones jurídicas, puesto que es el modo natural como las personas regulan sus intereses y se obligan. En los últimos doscientos años su evolución ha estado fuertemente marcada por los cambios en la forma de Estado: uno fue el contrato del Estado de derecho y otro el del Estado social de derecho, lo que ha supuesto un paso del reconocimiento ilimitado de la autonomía de la voluntad, a su límite en orden a la defensa del orden público, a la protección del contratante débil, a la defensa de los derechos fundamentales, etc.

Como la mayoría de las categorías jurídicas, la del contrato ha sido también "víctima" durante su larga historia, del ánimo clasificatorio del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina, sin que las partes del contrato hayan perdido la facultad de inventar esquemas contractuales que les den solución a sus intereses económico-patrimoniales. Son numerosas las clasificaciones de los contratos, pero tienen menor importancia que en el derecho romano, en el que se necesitaba saber en qué categoría debía clasificarse un contrato, para determinar la acción

* Abogado de la Universidad de Medellín. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho financiero y bursátil de la misma universidad, y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Profesor asociado de la Facultad de Derecho en la misma universidad. Director de la Especialización en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes.

[1] Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. II, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, pág. 29.

que le correspondía. En este sentido, en el derecho moderno el interés por las clasificaciones ha disminuido[2].

La mayoría de las clasificaciones se hacen agrupándolos por sus rasgos y características esenciales comunes[3]. No se trata de esfuerzos bizantinos[4] o de un simple interés de orden y simetría, ya que estas clasificaciones permiten profundizar la estructura y funcionamiento de los singulares tipos que integran el grupo[5], y, además, la aplicación de instituciones tan importantes como la condición resolutoria tácita, la teoría de la imprevisión, la lesión enorme, la teoría de los riesgos o la nulidad individual o la nulidad por error en la persona dependerá de la clasificación que se haga del contrato.

Algunas de estos rasgos sustanciales y comunes aluden a aspectos como los requisitos para su perfeccionamiento, o al nacimiento de obligaciones para una o para todas las partes que concurren a su formación, o al titular del beneficio derivado de la contratación, o a la regulación legal del contrato o a la equivalencia de las prestaciones al perfeccionarlo[6].

Aunque algunas de estas categorías son incompatibles entre sí (la compraventa no puede ser a la vez onerosa y gratuita, o bilateral en unos casos y unilateral en otros) y se predican como elementos

[2] EUGÈNE GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*, trad. de Pablo Macedo, México, D. F., Porrúa, 1974, pág. 37.

[3] CHRISTIAN LARROUMET, *Teoría general del contrato,* vol. I, trad. de Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 140.

[4] RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN, *Curso razonado de las obligaciones,* t. I, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2001, pág. 95.

[5] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit*., vol. I, pág. 195.

[6] Hay muchas y muy variadas clasificaciones de contratos elaboradas por la doctrina; así, por la función económica, estos se han clasificado en: contratos de cambio (cambio para recibir una cosa o cambio para recibir un servicio), contratos de colaboración, contratos de custodia, contratos de garantía, contratos de prevención del riesgo y de previsión y contratos para la solución de controversias. Véase ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Contratos civiles*, *comerciales*, *de consumo. Teoría general,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 184. Algunos hablan también de contratos traslaticios y traslativos. Aquellos serían los que unidos a la tradición transfieren el dominio, y estos, los que solo por su propia virtud lo transfieren, por el hecho de ser en ellos el modo uno de sus elementos constitutivos. En los primeros el contrato y el modo son dos actos distintos, separados y autónomos. Una cosa es vender y otra traditar lo vendido; en los segundos el contrato y el modo se confunden en un solo acto jurídico. Existen también los contratos normativos, que son aquellos convenios mediante los cuales se regulariza y uniforma una contratación privada futura, ordinariamente en masa.

constitutivos del contrato, otras en cambio no lo son, y un mismo contrato puede participar de una o de otra, conforme a la estipulación que hagan las partes: por ejemplo, siguiendo con el contrato de compraventa, puede ser en algunos casos un contrato conmutativo o aleatorio, y en otros, consensual o solemne.

Cabe la pregunta acerca de si las normas que contienen estas clasificaciones son imperativas. Esto es, si la voluntad de las partes puede modificar la categoría del contrato. Nuestra respuesta a este interrogante es negativa, entendiendo que la clasificación se hace con fundamento en los elementos específicos de la esencia del contrato. Por tanto, una compraventa o un arrendamiento siempre serán bilaterales. Si las partes contratantes pretenden realizar uno de estos contratos bajo la modalidad de unilateral, estarán alterando la esencia del contrato, y a lo sumo, podríamos estar hablando de un contrato típico diferente, o incluso, de un nuevo contrato que las partes crean, pero nunca de una compraventa o de un arrendamiento.

Las clasificaciones de los contratos no son ni verdaderas ni falsas; son, sobre todo, útiles o inútiles[7]. Por supuesto que nuestro interés no es agotar el tema, sino tratar el problema que se ha planteado en lo que hace relación a algunas de las más conocidas.

B) *Criterios para la clasificación*

Los criterios para clasificar los contratos son de lo más diverso. Algunos hacen relación a la eventual contraprestación de las obligaciones que nacen; o a la permanencia o no de las obligaciones durante el tiempo de vigencia de la relación contractual. En otros casos, él énfasis está en la forma como se perfecciona el contrato, exigiéndose a veces que el consentimiento conste o no en determinada formalidad, o que se cumpla con la entrega o tradición de los bienes. También hay clasificaciones que dependen de su reglamentación legal o de la utilidad que surge del contrato para las partes celebrantes.

Un criterio que no aplica en nuestro sistema jurídico, pero sí en otros, consiste en presentar una clasificación de contratos fundamentada en la antítesis entre contratos de enajenación y contratos de disposición. Representan aquellos un cambio inmediato en la titularidad de los derechos reales, en especial el de propiedad, y estos comportan la obligación asumida, para un cambio futuro de derechos. En nuestro sistema

[7] Alterini, *op. cit*., pág. 171.

es más exacto utilizar la expresión contratos de principio de enajenación, verbigracia, aquellos de los que surge como obligación principal para una de las partes la de tradir.

C) *Categorías explícitas del Código Civil y del Código de Comercio*

El Código Civil dedica unas pocas normas a la clasificación de los contratos sin que estas agoten el tema, esto es, del artículo 1496 al 1500. Se encuentran en ellas delineados los contratos unilaterales y bilaterales, gratuitos y onerosos, conmutativos y aleatorios, principales y accesorios y reales solemnes y consensuales. Consideramos que hay más clasificaciones implícitas en el Código Civil, como por ejemplo, la misma definición de contrato contenida en el artículo 1495, que a pesar de las críticas que se han hecho, abre las puertas a los acuerdos de voluntad no tipificados a los cuales se les reconoce plenos efectos, como lo hace el artículo 1602, que establece la regla de oro en materia contractual: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes". También se encuentran en el Código Civil la categoría de los contratos de duración, en especial cuando se refiere en el arrendamiento a la institución de desahucio, en cuanto establece que uno de los elementos esenciales de este contrato es precisamente la duración en el tiempo en el que van naciendo constantemente las obligaciones de las partes[8].

En cambio, el Código de Comercio no ofrece una clasificación sistemática como la anterior; pero en varias normas hace alusión a clasificaciones de contratos que han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia y que no han sido tratadas por el Código Civil. A título de ejemplo, los artículos 868, 873 y 887 de aquel se refieren a los contratos de ejecución instantánea, sucesiva, periódica y diferida. Además, el artículo 865 (*ibid*.) menciona los negocios jurídicos plurilaterales[9].

Cabe advertir que varias de las legislaciones modernas en derecho privado eliminaron la clasificación de los contratos. A título de ejemplo, el Código Civil portugués de 1966, el Código Civil italiano de 1942 y el Código Federal de las Obligaciones suizo no contienen ninguna clasificación de los contratos[10].

[8] C. C., art. 2009.

[9] JESÚS VALLEJO MEJÍA, *Manual de obligaciones*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1986, pág. 44.

[10] ALBERTO SPOTA, *Instituciones de derecho civil*. *Contratos*, vol. I, 3ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1984, págs. 114 y 115.

2. Categorías fundadas en la ausencia o en la existencia de una contraprestación y en su interdependencia

A) *Contratos onerosos y gratuitos*

La clasificación entre contratos onerosos y gratuitos es una de las más importantes que se utilizan dentro del amplio campo de los negocios jurídicos patrimoniales[11].

Considerando el fin perseguido por las partes, podemos hablar de contratos a título gratuito[12] y contratos a título oneroso[13], pues aquellos buscan un fin desinteresado, y estos, una ventaja[14]. Por tanto, en los contratos gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, y mientras una parte se empobrece, la otra se enriquece. Por oposición, en los onerosos hay dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso, esto es, hay un beneficio y un sacrificio, sin que la relación entre uno y otro sea una garantía de equilibrio[15]. Para calificar un contrato como oneroso hay que mirar la reciprocidad de los beneficios que comporta, sin que se requiera que el beneficio sea actual, porque puede ser futuro.

A propósito de los contratos onerosos, el Código Civil los define como los que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro[16]; hay dos sacrificios antagónicos. De esta forma, el criterio que califica al contrato como oneroso

[11] Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato,* 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pág. 81.

[12] Se los llama también lucrativos o de beneficencia.

[13] El art. 1105 del C. C. francés define el contrato gratuito como "aquel por el que una de las partes procura a la otra un beneficio puramente gratuito", y el art. 1106 define el contrato oneroso como aquel que "obliga a cada una de las partes a dar o hacer algo". *Código Civil francés*, trad. de Álvaro Núñez Iglesias, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

[14] Algunos hablan de contratos neutros, que son los que según el caso, pueden ser gratuitos u onerosos, tal como sucede con el mandato o con el depósito. Pedro Lafont Pianetta, *Manual de contratos*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, pág. 32.

[15] Hay una clasificación intermedia: onerosos para las partes y gratuitos para un tercero, como es el caso del contrato de fiducia, que es oneroso para el fideicomitente y la fiduciaria y gratuito para el beneficiario.

[16] C. C., art. 1497.

es la utilidad que el contrato reporta para quienes lo celebren[17]. La ley es clara: el contrato es útil para una sola de las partes si esta no sufre gravamen en razón de él; y lo es para ambas, cuando hay gravámenes recíprocos, cada uno de los cuales reporta utilidad para la otra. En los onerosos hay, sobre todo, un fin interesado en quien se compromete con la otra parte. Así, cada parte hace un sacrificio, pero con el propósito de procurarse una ventaja patrimonial; por tanto, esta clase de contratos comporta que ambas partes deban dar, hacer o no hacer.

Se pueden definir también los contratos onerosos como aquellos en los que hay un intercambio de prestaciones. En estos, a cambio de la propia prestación u obligación, la contraparte entrega o promete algo[18], y el patrimonio de las partes en principio no se altera porque sufre un aumento y una disminución correlativos, a menos que se produzca con el contrato un desequilibrio considerable. Pero es suficiente con una equivalencia subjetiva de las prestaciones; por ende, siempre habrá en esta clase de contratos quién gane y quién pierda[19]. En consecuencia, lo fundamental es el intercambio más que la equivalencia, que solo se exige que sea objetiva en algunos casos (lesión enorme o en el caso de la teoría de la imprevisión).

En cuanto a los contratos gratuitos, lo primero que se observa es que hay distintas categorías dentro de ellos. Unos, como la donación, que obedece a una mera liberalidad, y que implica para quien la hace dar algo por nada, sin ningún tipo de contrapartida, en el que se cumple el esquema de enriquecimiento y empobrecimiento correlativo. Y otros que, por el contrario, siendo también a título gratuito, no tienen el esquema de la donación de empobrecimiento-enriquecimiento correlativo, tales como el comodato, la fianza —en la mayoría de los casos— o el mutuo sin intereses.

En la donación hay una clara contraposición entre enriquecimiento-empobrecimiento del patrimonio del donatario y el del donante. Es decir, existe un verdadero sacrificio patrimonial, porque hay exclusivamente una ventaja para el beneficiario y una desventaja en sentido opuesto para el donante, que tiene como consecuencia que ambos

[17] En este sentido, POTHIER hablaba de contratos interesados por una y otra parte y contratos de beneficencia, y PLANIOL y RIPERT asimilan el contrato oneroso al contrato interesado.

[18] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.,* pág. 197.

[19] JORGE MOSSET ITURRASPE, *Manual de derecho civil. Contratos,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1961, pág. 69.

patrimonios se afecten, habiéndo una relación de causalidad entre el empobrecimiento de un patrimonio y el enriquecimiento del otro. Por supuesto que en este caso se ven afectadas las expectativas de cobrar de los acreedores del donante y la de sus herederos.

La donación, entonces, implica el abandono de un derecho patrimonial, mientras que en las otras modalidades de contratos gratuitos no hay verdadera afectación patrimonial. En estos no hay relación de causalidad, ya que el enriquecimiento y el empobrecimiento no son una contraprestación o equivalencia de la otra, sino una simple limitación[20]. Tampoco se ven afectadas en este caso las expectativas de cobro de los acreedores y herederos de quien concede el derecho o la cosa, o el servicio, sin recibir una contraprestación por ello[21]. Sin duda, de algún modo puede decirse que en estos últimos contratos no se produce una alteración en el patrimonio del prestador (no se está transfiriendo ningún bien o derecho); mucha más duda cabe en reconocer que quien recibe no se esté enriqueciendo con lo que recibe, porque lo que realmente está evitando es un gasto. Lo cierto es que no ha ingresado en su patrimonio un bien tangible.

También en estos últimos contratos surgen obligaciones para las partes, tales como el resarcimiento de los gastos hechos para conservar la cosa entregada, o la devolución de la cosa, o las obligaciones que tiene el fiador frente al acreedor de la obligación principal. Podemos decir, sin que importe que estemos frente a un contrato gratuito, que estas obligaciones y prestaciones tienen una causa onerosa, en cuanto que, como ya lo dijimos, evitan un gasto para su beneficiario.

Consideramos que más que el desplazamiento patrimonial, parece ser entonces la causa la determinante para saber si nos encontramos frente a un contrato a título gratuito u oneroso; de suerte que si las partes lo que buscan es una ventaja patrimonial al hacer un negocio, estaremos frente al contrato oneroso, y si lo que mueve a los contratantes es un fin desinteresado, será un contrato gratuito[22]. No siempre será fácil saber

[20] Luis Díez-Picazo y Gullón, *op. cit.,* pág. 200.

[21] En este sentido, Larroumet da cuenta de una distinción entre los contratos gratuitos, así: entre las liberalidades entre vivos, que implicarían una disminución y un aumento correlativo en el patrimonio de quienes realizan el contrato, y de contratos de servicios gratuitos, en los que el deudor no tiene la voluntad de empobrecerse en beneficio de la contraparte.

[22] Determinar si un contrato es oneroso o gratuito no es siempre sencillo. Gullón sostiene que la fianza es un contrato oneroso, pues el acreedor hace sacrificios, esto es, la

frente a qué modalidad de contrato estamos; por ejemplo: si no se recibe nada a cambio de lo que se da, pero el ánimo que mueve a la parte no es ningún ánimo liberal, como cuando el empresario ofrece una mercancía gratuitamente durante un lapso para ganar clientela, o cuando el empresario hace una cuantiosa donación, con el único fin de ganar prestigio ante el público, ¿ante qué categoría de contrato estaremos?

El criterio determinante para saber si estamos frente a un acto gratuito o uno oneroso dependerá de la estructura económica que tenga el acto, y será necesario detectar si en él existen atribuciones o ventajas patrimoniales para ambas partes o solo para una de ellas, aun cuando esas ventajas en algunos casos puedan ser indirectas, como en los casos ya propuestos. Además, no es imprescindible que el beneficio y sacrificio en los contratos onerosos se funde en una relación de causalidad, de suerte que la prestación de una parte tenga como causa la prestación de la otra, ya que la noción de contrato oneroso no es sinónimo de contrato bilateral[23]. En este caso, *gravamen* es sinónimo de *carga económica*. Por este motivo, todo contrato unilateral es generalmente gratuito (salvedad hecha de la donación con cargas o la donación modal, si el modo no es en beneficio del donatario exclusivamente, que son contratos bilaterales y gratuitos), y a la vez todo contrato oneroso es por lo general bilateral[24], aunque puede darse el caso de contratos onerosos y unilaterales, como el mutuo a interés[25].

Otra manera de ver esta clasificación es que en los negocios a título oneroso, al provecho de una parte corresponde un sacrificio de ella misma; en cambio, en los negocios a título gratuito, al provecho de una parte corresponde un sacrificio de la contraparte[26].

---

concesión del crédito, y no deja de ser oneroso, porque el sacrificio que hace el acreedor no vaya a parar al fiador. Piénsese por ejemplo en el caso de la fianza que da un socio para que se conceda un crédito a la sociedad de la cual forma parte.

[23] LUIS DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.,* vol. II, pág. 36.

[24] En contra ALTERINI, en cuya opinión todo contrato bilateral es oneroso. Véase ALTERINI, *op. cit.,* pág. 175. Según DÍEZ-PICAZO también, todo contrato bilateral es oneroso. En este mismo sentido, SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO; de la misma opinión es DE RUGGIERO. De acuerdo con LARROUMET, "casi todos los contratos a título gratuito son contratos sinalagmáticos".

[25] VALLEJO MEJÍA, *op. cit.,* pág. 47.

[26] UMBERTO BRECCIA y otros, *Derecho civil,* t. I, vol. II, Hechos y actos jurídicos, trad. de Fernando Hinestrosa, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, pág. 1111.

En esta clasificación hay unos contratos que son onerosos por esencia —aquellos cuyo objeto típico es el intercambio, como la compraventa o el arrendamiento—, mientras que otros, también por esencia, serán gratuitos, como el comodato, y otros que no son necesariamente onerosos o gratuitos, aquellos "cuya disciplina se construye principalmente en vista de la específica naturaleza de una prestación"[27], por ejemplo, el mandato, que cuando es remunerado será oneroso y cuando no, gratuito, o el mutuo, que será oneroso o gratuito, dependiendo de que se pacten intereses o no. ¿Se podría hablar de contratos mixtos; esto es, "que pueda ser tenido como oneroso hasta cierta medida y gratuito por el resto"?[28]. Pensamos que sí. El contrato de fiducia mercantil puede considerarse gratuito para el beneficiario y oneroso para el fideicomitente y la fiduciaria.

Por último, es importante subrayar que la definición del Código Civil colombiano es diferente de la contenida en el Código Civil francés, en el que el contrato oneroso es aquel en el que se "obliga a cada una de las partes a dar o hacer alguna cosa". Dentro de las varias críticas que se le pueden hacer a esta definición podemos mencionar que excluye las obligaciones de no hacer que se pueden dar como contrapartida de un provecho que se obtenga y además es una definición que concuerda con la de contrato bilateral. Para que haya título oneroso basta con que quien se comprometa reciba una ventaja, "como contraprestación de su compromiso, pues poco importa que esta ventaja consista o no en una obligación a cargo de la otra parte del contrato"[29].

a) *Interés de la distinción*

a') *Derechos fiscales*. Son más elevados tratándose de contratos gratuitos que de contratos onerosos, con el propósito de que no se utilicen de manera fraudulenta. Las liberalidades ponen en peligro el patrimonio personal, en cuanto hacen salir sin contrapartida un bien. Por esa razón, están sometidas a una reglamentación muy estricta.

b') *La consideración a la persona*. Es ordinariamente indiferente tratándose de contratos onerosos y no lo es así en los contratos gratuitos. En el primer caso, piénsese en un contrato de arrendamiento y la

[27] Díez-Picazo y Gullón, *op. cit*., pág. 198.

[28] Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. vi, Las obligaciones, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend, La Habana, Editorial Cultural, 1946, pág. 53.

[29] Larroumet, *op. cit.,* pág. 142.

importancia que tiene el estudio de las condiciones económicas y del núcleo familiar del arrendatario para la celebración del contrato, o para que una aseguradora acepte igualmente la celebración de un contrato de seguro que ampare el riesgo del pago del canon de arrendamiento, o en la importancia que tienen las condiciones de credibilidad y confianza que genera una sociedad fiduciaria sobre otras para la celebración de determinado contrato de fiducia, en consideración a su reconocida experiencia en el mercado, su pertenencia a determinado grupo económico, el número de empleados que se dedican a la atención del negocio que se va a celebrar, etc.

c') *Acción pauliana o revocatoria*. Más fácilmente se admite con un contrato gratuito que en uno a título oneroso[30], ya que en este hay que decidir entre el interés del acreedor y la del tercero adquirente que ha hecho un sacrificio correspondiente a la ventaja por él recibida y de la que lo despojaría la acción pauliana. Por ende, el acreedor debe presentar la prueba de la complicidad del tercero adquirente[31].

d') *Responsabilidad contractual*[32]. La ley suele ser más indulgente con quien se obliga sin recibir nada a cambio, que si se trata de un contrato que produce ventajas para ambos contratantes[33]. Por ejemplo, en el contrato de mandato es menor la responsabilidad del mandatario si estamos en frente de un contrato en el que no hay remuneración respecto a un contrato que la tenga. Además solo está obligado a la evicción y a los vicios redhibitorios el contratante que realice una enajenación a título onerosa.

e') *Capacidad de los administradores.* La capacidad para disponer y recibir a título gratuito y el poder del administrador de una comunidad

[30] C. C., art. 2491.

[31] Al respecto ha sentenciado la Corte Suprema de Justicia que "en efecto, por sabido se tiene que mediante la referida acción los acreedores pueden demandar la revocación de los negocios jurídicos realmente ajustados por su deudor, pero que han sido otorgados por este fraudulentamente y en perjuicio de los derechos de aquellos; por supuesto que la ley distingue, además, los actos onerosos de los gratuitos, para exigir, en los primeros, que el tercero con quien contrató el deudor también sea de mala fe (*consilium fraudis*) y, respecto de los segundos, que exista solamente el *animus nocendi* del deudor, de manera que el tercero adquirente pueda ser de buena fe". C. S. de J., sent. de 24 julio 2002, exp. 5887, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

[32] C. C., arts. 1480, 1570, 1604 y 2155.

[33] MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil. Teoría general de los contratos. Contratos especiales*, trad. de José María Cajica, México, D. F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, pág. 16.

o de un patrimonio ajeno, en cuanto a sus facultades para contratar como tal a título gratuito, se regulan de modo más severo que como actos a título oneroso. Piénsese por ejemplo en los actos a título gratuito y oneroso que puede realizar un mandatario. Por otra parte, uno de los deberes indelegables del fiduciario es procurar el mayor rendimiento del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso, salvo que se haga una determinación contraria en el acto constitutivo[34].

B) *Subdivisión propia de los contratos a título oneroso: contratos conmutativos y aleatorios*[35]

Tradicionalmente se ha establecido la diferencia entre unos y otros en virtud de la certidumbre o incertidumbre acerca de su resultado económico[36]. El conmutativo indica que hay justicia, igualdad, proporción en las obligaciones de las partes; el aleatorio viene de la palabra latina *alea* (el núcleo del *alea* es el riesgo), que significa 'juego de dados, azar, suerte'. El destino de este contrato queda enteramente supeditado al azar, a la suerte[37], habiéndo un ganador y un perdedor. En ellos las partes tienen en cuenta un riesgo de provecho o de pérdida, del cual hacen depender necesariamente la existencia o cuantía de sus obligaciones[38]. El riesgo en ellos forma parte del consentimiento al que han llegado los contratantes[39].

[34] C. C., art. 1234, num. 6.

[35] El art. 1104 del C. C. francés define los contratos conmutativos y onerosos como aquellos en que cada una de las partes "se obliga a dar o hacer una cosa que se considera equivalente de lo que se le da o se le hace. Cuando esa equivalencia consiste en la posibilidad de ganancia o pérdida para cada una de las partes, en dependencia de un suceso incierto, el contrato es aleatorio".

[36] Mazeaud afirma que en el contrato aleatorio la ventaja que las partes obtienen no puede cuantificarse en el momento de la formación, porque depende de un acontecimiento incierto.

[37] "Cuando se celebra un contrato bajo una condición, hay incertidumbre acerca de la existencia de las prestaciones, pero en modo alguno acerca de los efectos económicos del contrato, si llega a existir. En tanto que en el contrato aleatorio hay total incertidumbre acerca de las ventajas o pérdidas". Cristóbal Alzate Hernández, *Fundamentos del contrato*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pág. 361.

[38] No se trata solamente de que el resultado de un contrato sea incierto, sino que se contrata precisamente porque existe el riesgo de que un hecho ocurra o no.

[39] Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* Santiago de Chile-Bogotá, Edit. Jurídica de Chile-Edit. Temis, 1988, pág. 323.

Según el Código Civil colombiano, "el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a la que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta [*sic*] de ganancia o pérdida, se llama aleatorio"[40]. Es una clasificación propia de los contratos onerosos, ya que en los gratuitos no hay prestaciones recíprocas equivalentes[41]. Son entonces conmutativos aquellos contratos onerosos en que las ventajas para todos los contratantes son ciertas desde el momento de su celebración[42], y aleatorios los contratos en que las ventajas o pérdidas para uno de ellos o para los dos, o para todos los que tengan la condición de parte del contrato, dependen de un acontecimiento incierto[43]; por tanto, la entidad del riesgo a que cada contratante se expone no puede conocerse y evaluarse al momento de la formación del contrato[44]. Quizá la diferencia más importante esté en que en unos, los conmutativos, el objeto de la prestación deba ser cierto[45], so pena de nulidad del contrato, en tanto que los aleatorios pueden ser de contenido incierto, aunque debe ser física y moralmente posible.

Ese acontecimiento incierto que le da carácter aleatorio al contrato puede ser una condición suspensiva, que impide toda prestación de una de las partes mientras no se realice, como ordinariamente ocurre en los contratos de seguro, o un plazo extintivo, que le pone fin a la prestación de una de las partes, como en el caso de la renta vitalicia, que solo se

[40] C. C., art. 1498. La definición de contrato oneroso conmutativo coincide con la del Código Civil francés de contrato oneroso.

[41] En contra, OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, que consideran que el contrato aleatorio puede ser o no oneroso y dan como ejemplo la donación de la pesca que haya de recoger el donante en un día.

[42] "Un contrato oneroso es conmutativo cuando la cuantía de las prestaciones de las partes es inmediatamente cierta, pudiendo cada una de ellas apreciar de momento el provecho o la pérdida que el contrato le ha de reportar". PLANIOL y RIPERT, *op. cit.,* pág. 55.

[43] "Es aleatorio cuando las partes tienen en cuenta un riesgo de provecho o de pérdida, del cual hacen depender esencialmente la existencia o la cuantía de sus obligaciones", *op. cit.,* pág. 55.

[44] El Código suizo prescindió de esta categoría, considerando aisladamente algunas figuras de *alea*. Citado por MOSSET ITURRASPE, *op. cit.,* pág. 83.

[45] "Dentro del marco de lo moderado y de lo justo, la ley faculta a los contratantes, en los pactos onerosos y conmutativos, como el de compraventa, procurarse ciertas ventajas, puesto que edificado el derecho civil sobre postulados como el de la soberanía contractual, es obvio, que se deje a la iniciativa de las partes el logro, en el ajuste de la convención, de cierto margen de ganancia". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1993, exp. 3269, M. P. Nicolás Simancas.

paga hasta que fallece la persona a favor de la cual se constituye[46], o como suele suceder más frecuentemente, la incertidumbre de cierne sobre la cuantía de las prestaciones de las partes. Por tanto, por la asunción de riesgo que comporta esta clase de contratos para ambas partes, su ventaja no es valorable para ninguna de ellas en el momento de perfeccionamiento del contrato, y que podrá ser útil o muy dañosa para una de las partes, sucediendo lo contrario con los intereses de su contraparte. Lo cual nos permite concluir que en el contrato aleatorio es indiferente la desproporción que se presente entre las prestaciones, por grave que esta sea. Esta es una distinción objetiva y normalmente esa equivalencia de las prestaciones entre las partes se mira desde el punto de vista económico. Por eso señala el artículo 872 del Código de Comercio que cuando las prestaciones de una de las partes sea irrisoria no habrá contrato conmutativo. En el contrato aleatorio las partes saben que una de ellas resultará lesionada y sobre ese supuesto han contratado.

Pero no es que el contrato aleatorio quede supeditado a una condición, sino que lo que dijimos en este sentido implica que son las ventajas que pueden surgir del contrato las que son inciertas. Lo fundamental en ellos, entonces, es el concepto de riesgo que cada contrayente corre, sin que pueda determinarse al celebrarse el contrato cuál de los dos lo padecerá[47]. Lo que caracteriza el contrato aleatorio es el azar sobre la existencia misma de las prestaciones. Sucede en estos contratos que "el deudor ignore el valor de la contraprestación que se le dará, porque la propia existencia o simplemente el monto de esta contraprestación está sujeto a una incertidumbre independiente de las voluntades de las partes"[48]. Hace falta, entonces, para que un contrato se pueda considerar aleatorio, que las partes hayan querido correr un albur de ganar o de perder y que hayan celebrado el contrato precisamente con el propósito de correr ese riesgo. Los efectos de estos contratos, en cuanto a sus ventajas y pérdidas, dependen de un acontecimiento incierto[49], y cuando un contrato es aleatorio, lo es necesariamente para todas sus partes, porque lo que es ganancia para una es pérdida para la otra. Casi

[46] Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de derecho civil,* Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1932, pág. 10.

[47] Roberto de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil,* t. ii, vol. i, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Tejeiro, Madrid, Edit. Reus, 1944, pág. 268.

[48] Larroumet, *op. cit.,* pág. 148.

[49] Miguel Moreno Jaramillo, *Algo sobre clasificación de los contratos,* Medellín, Colección Jurídica Bedout, 1980, pág. 30.

la totalidad de los contratos onerosos son conmutativos; los aleatorios son la excepción. El Código Civil reglamentó tres: el juego, la apuesta y la renta vitalicia. Por ello, ante la duda de si un contrato es aleatorio o conmutativo, deberá tenérsele por conmutativo.

Algunos autores han clasificado entre *alea* normal y un *alea* convencional[50]. La primera estaría constituida por las oscilaciones normales del mercado y por las que un contrato no dejaría de ser conmutativo, mientras no se altere en su conjunto el equilibrio básico, y por tanto, no tendrían fuerza para transformar el contrato. Habría, por tanto, contratos conmutativos, con un campo de *alea* normal. En segundo lugar se encuentra el *alea* convencional, que es el que excede de lo normal, pero que en algunos casos incluso sigue teniendo naturaleza conmutativa. Por ejemplo, cuando en la compraventa se renuncia al saneamiento por evicción hay un riesgo mayor, pero el contrato no se convierte en aleatorio. Para ellos, se entendería por contrato aleatorio "aquel negocio en la que el *alea* es querida por las partes como momento esencial y necesario de la función del contrato, que incide directamente sobre una u otra de las prestaciones, o sobre ambas, y que implica siempre una mutación de la causa típica de manera que por voluntad de las partes se da vida a una causa aleatoria"[51].

Como hemos visto, no es fácil hacer la distinción entre contratos conmutativos y aleatorios. Por ejemplo, ¿se podría considerar aleatorio el contrato de sociedad bajo la consideración de que las partes que lo celebraran tienen un evidente albur de ganancia o pérdida? Y por otro lado, aunque dijimos que eran contratos conmutativos aquellos en que la relación de equivalencia de las prestaciones a cargo de ambas partes había sido fijada por ellas de manera inmodificable, hay que considerar que en épocas de especial inestabilidad económica, en ningún tipo de contrato la objetiva relación de equivalencia puede considerarse absolutamente inmodificable.

Al respecto, RODRÍGUEZ AZUERO da el siguiente ejemplo: en primer término, los llamados contratos de futuros o *forwards* en virtud de los cuales y, en últimas, se realiza una venta a precio cierto para cumplirse en fecha futura, por lo que las partes quedan obligadas a entregar la cosa y pagar el precio, como en cualquier compraventa, y las conocidas

[50] También se puede distinguir entre contratos aleatorios por naturaleza, como el juego, la apuesta, la lotería y la renta vitalicia, y los contratos aleatorios por voluntad de las partes.

[51] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 82.

como opciones —que se venden en las bolsas— y que otorgan la facultad a quien las recibe de comprar (*call*) o vender (*put*) ciertos bienes a un precio determinando. En ellas el concedente se obliga a vender o comprar en la fecha prevista o dentro de un plazo si el adquirente de la opción la ejerce. La circunstancia de que exista un alto nivel de riesgo, en un mercado de por sí especulativo, ha llevado a un sector de la doctrina[52] a sostener que han de considerarse aleatorias, pero no se trata de una posición pacífica. Se sostiene también que son conmutativos, porque si bien existe una cierta aleatoriedad no sustancial, también hay un interés pecuniario perfectamente determinado desde un comienzo[53]. Hay además unos contratos que por esencia son aleatorios, como la renta vitalicia o el seguro, mientras que otros, como el contrato de compraventa, pueden ser conmutativos o aleatorios, dependiendo de las estipulaciones de las partes. Por ejemplo, la compra del *alea* o la compra de una cosa futura. En el primero estaremos hablando de un contrato aleatorio, y en el segundo caso será un contrato conmutativo y además sujeto a la condición de que llegue a existir la cosa futura. La regla general es que los contratos onerosos son conmutativos, en razón de la noción sobre causalidad de la obligación.

a) *Interés de la distinción*. En los contratos aleatorios no cabe la lesión enorme ni tampoco puede aplicarse la teoría de la imprevisión[54]. Lo cual no quiere decir que ambas figuras se apliquen a todos los contratos onerosos-conmutativos[55]. En los contratos aleatorios se compensan las fuertes pérdidas con las expectativas de fuertes ganancias.

[52] Alfonso Calvo y Luis Fernández de la Gándara, *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.

[53] Alfredo Morales, *Mercados de instrumentos financieros y de intermediación,* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

[54] Ha señalado la Corte Suprema de Justicia sobre el particular: "Dentro del marco de lo moderado y de lo justo, la ley faculta a los contratantes, en los pactos onerosos y conmutativos, como el de compraventa, [a] procurarse ciertas ventajas, puesto que edificado el derecho civil sobre postulados como el de la soberanía contractual, es obvio que se deje a la iniciativa de las partes el logro, en el ajuste de la convención, de cierto margen de ganancia. Empero, cuando los contratantes se distancian del principio de la proporcionalidad de las prestaciones recíprocas, de tal manera que se desquicie gravemente su correlativa equivalencia, se configura la lesión enorme, fenómeno jurídico económico anormal, que la doctrina ha descrito como el perjuicio pecuniario que sufre una parte en la celebración de un contrato oneroso y conmutativo, consistente generalmente en la desproporción en el valor de las prestaciones recíprocas o, en otros términos, es el daño que experimenta uno de los contratantes al no recibir el equivalente de lo que da". C. S. de J., sent. de 16 julio 1993, exp. 3269, M. P. Nicolás Berchara Simancas.

[55] En este sentido ha sentenciado la Corte Suprema de Justicia que en el "derecho colombiano —*de lege data*—, no cabe afirmar la procedencia de la lesión enorme

Además, y conforme a lo establecido en el artículo 95 de la ley 153 de 1887, el legislador se niega a reconocer que algunos contratos aleatorios produzcan obligaciones civiles.

C) *Contratos sinalagmáticos*[56] *y unilaterales*[57]

El contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral por el número de partes que en él intervienen. Por tanto, esta clasificación se refiere al número de obligaciones que del contrato nacen y a la estructura de dichas obligaciones, es decir, a sus efectos[58].

Los contratos sinalagmáticos o bilaterales[59], o de cambio, son aquellos que producen obligaciones principales correlativas para los contratantes[60], es decir, cada una de las obligaciones sirve de causa a la obligación de la contraparte; por tanto, los contratantes son

---

como regla general en los contratos conmutativos, pues la ley nacional, en parte alguna, impone o garantiza la plena equivalencia de las prestaciones que los caracteriza. Son muchos, tal vez los más, los contratos que siendo de ese linaje no contemplan la lesión. Entre ellos la misma venta de muebles, que no deja de ser conmutativa por el hecho de no admitirla. Al fin y al cabo, como lo ha puntualizado la Corte, «lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta» ("G. J.", t. LXXII, pág. 503). Cosa distinta es que el concepto de lesión, cuando la ley expresamente lo consagra, únicamente se aplique a contratos conmutativos, pero a ello no le sigue que aquella le sea esencial a estos, en los que prevalecen, se reitera, los principios de libertad contractual y autonomía privada". C. S. de J., sent. de 6 julio 2007, exp. 11001-31-03-037, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[56] En contra están OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, en cuya opinión esta denominación es tautológica, porque proviene del griego *synallagma,* que precisamente significa "contrato".

[57] El art. 1496 del C. C. dispone que "el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

[58] EDUARDO ÁLVAREZ CORREA, *Contratos bancarios,* Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1991.

[59] DE RUGGIERO los llama *bilaterales perfectos*. Véase DE RUGGIERO, *op. cit.*, pág. 265.

[60] En este mismo sentido, PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, *op. cit.*, pág. 45; GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 59.

recíprocamente deudores y acreedores y las obligaciones nacen y se hacen efectivas, por regla general, en el mismo momento. Por consiguiente, hay una prestación y una contraprestación[61]. Por ello, para saber si estamos o no frente a un contrato bilateral o sinalagmático, nos tenemos que situar en el momento de su perfeccionamiento[62], ya que da nacimiento al mismo tiempo, por lo menos, a dos obligaciones principales y esenciales y que además son correlativas unas de otras, a saber: prestación y contraprestación, que son de ordinario heterogéneas entre sí, por ejemplo: precio contra cosa, precio contra goce, precio contra un hacer o contra un no hacer[63]. Excepcionalmente son homogéneas, como en la permuta, que es cosa contra cosa[64]. Por eso también se llaman contratos de cambio[65].

Además, esas dos prestaciones deben realizarse, de ordinario, simultáneamente, en el sentido de que una parte puede negarse a cumplir si la otra no está dispuesta a hacerlo.

Pero la interdependencia de las obligaciones no es lo mismo que su reciprocidad: "Mientras que la reciprocidad supone que una obligación a cargo de un contratante es la contraprestación de una obligación a cargo del otro, la interdependencia exige que una obligación a cargo de una parte no pueda nacer sin una obligación a cargo de la otra, y es

[61] Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, t. iv, Santiago de Chile-Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 473.

[62] Según Barros Errázuriz, "las obligaciones recíprocas han de ser principales y simultáneas y han de existir al momento de la celebración del contrato". Véase Barros Errázuriz, *op. cit.,* pág. 6.

[63] "Lo dicho se observa sin lugar a dudas en el mandato: aunque sea gratuito, crea obligaciones a cargo del mandante y obligaciones a cargo del mandatario; cuando unas y otras sean interdependientes entre sí, el contrato será bilateral. Por ejemplo, cumplido el encargo que es objeto delmandato, debe el mandante retribuir al mandatario los gastos razonables causados por la ejecución del mandato. Pues bien: la existencia de esta obligación por parte del mandante es ajena al cumplimiento, v. gr., de la obligación de rendir cuentas que tiene el mandatario. Este no podrá excusarse de rendirlas alegando que no se la han retribuido los gastos hechos; ni el mandante podría eximirse de pagar tales gastos debidamente comprobados, so pretexto de que no se le han rendido cuentas. A menos que sin la rendición de tales cuentas sea imposible deducir dichos gastos". Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, vol. i., 4ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, pág. 92.

[64] Messineo, *op. cit.,* pág. 473.

[65] Manuel Albaladejo, *Derecho civil,* t. ii, *Derecho de obligaciones*, 10ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1997, pág. 415.

esto lo que se ha querido en el momento de la celebración del contrato. En otras palabras, mientras que la reciprocidad puede nacer durante la ejecución del contrato, la interdependencia solo puede nacer en el momento del intercambio de los consentimientos, en el momento de la celebración del contrato"[66].

Los contratos bilaterales, entonces, pueden ser tanto de contraprestación —como la compraventa, el arrendamiento, la permuta, la opción remunerada, la promesa de contrato, etc.—, como de colaboración, tales como el contrato de sociedad, de fiducia, las uniones temporales y los consorcios, por citar solo algunos de ellos[67].

Por oposición, el contrato unilateral es el que crea obligaciones para una sola de las partes, "existe un solo deudor y por ende un solo acreedor; el peso del contrato está todo de un lado, del otro lado está toda la ventaja"[68], en consideración a que de parte del deudor habrá solo un compromiso recepticio. En ellos no existen obligaciones principales recíprocas entre las partes. En conclusión lo que define el contrato unilateral es la ausencia absoluta de sinalagma contractual, bien porque el contrato solo impone obligación a una parte, bien porque las obligaciones que asume cada parte no son recíprocas o correlativas[69]. Mientras que la unilateralidad en los actos jurídicos mira a su formación, en los contratos, a sus efectos. Como no se trata de una clasificación de orden público, las partes podrían convertir en bilateral un contrato que por naturaleza es unilateral[70].

Podemos expresar la siguiente regla: "todo contrato bilateral es obligatoriamente oneroso"[71]. Pero no todo contrato unilateral es gratuito y también, todo contrato real es unilateral.

Hay contratos que son necesariamente unilaterales, como la prenda sin tenencia en materia civil, el comodato, la donación y el mutuo civil,

[66] LARROUMET, *op. cit.,* pág. 155.

[67] ARRUBLA PAUCAR establece las diferencias entre los negocios jurídicos de contraprestación y los de colaboración en cuanto a efectos tan importantes como la nulidad y el incumplimiento. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles*, t. I, 8ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1997, pág. 75.

[68] MOSSET ITURRASPE, *op. cit.,* pág. 65.

[69] CARLOS GÓMEZ VÁSQUEZ, *Teoría del contrato*, Medellín, Universidad de Medellín, 2010, pág. 60.

[70] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los contratos*, Bogotá-Santiago de Chile, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 2011, pág. 19.

[71] BARROS ERRÁZURIZ, *op. cit.,* pág. 8.

o bilaterales, como la compraventa, el arrendamiento, la permuta, la promesa de contrato, el *leasing* y la fiducia. En estos contratos, el tipo abstracto de contrato es unilateral o bilateral; por tanto, todos los contratos que se celebren de estos son necesariamente unilaterales o bilaterales. Hay otros contratos cuyo tipo abstracto no implica ni unilateralidad ni bilateralidad y, por tanto, los contratos concretos de este tipo pueden ser unilaterales o bilaterales. Por ejemplo: el mandato, que puede realizarse gratuitamente para el mandatario o con remuneración para el[72], o el contrato de opción, en el que la remuneración marcará la división entre una opción bilateral y una unilateral.

La doctrina francesa empezó a hablar de contratos sinalagmáticos imperfectos inspirándose en Pothier[73], cuando circunstancias ulteriores al perfeccionamiento del contrato hacen surgir obligaciones en quien inicialmente no estaba obligado. La correlación en este caso se produce entre el hecho de los gastos y la obligación de reembolsarlos, lo que no vuelve sinalagmático al contrato, porque la obligación de custodiar el bien —por ejemplo, en el depósito—, no se cumple en función de ninguna prestación correlativa; por tanto, no es cierto que estos contratos se conviertan en bilaterales[74]. Pero se podría decir que la obligación accesoria está prevista "bien es verdad, por la ley, pero solamente a título supletorio, por una interpretación razonable de la voluntad de las partes, así pues, nace del contrato"[75]. Es más, esas obligaciones

[72] Albaladejo, *op. cit.,* pág. 416.

[73] Algún sector de la doctrina los llama contratos bilaterales *ex pox facto*.

[74] Algunos autores, entre ellos Ospina Fernández y Ospina Acosta, rechazan esta clasificación con fundamento en que las obligaciones eventuales a cargo del acreedor originario se generan por hechos posteriores a la celebración del contrato unilateral y distintos de este y ese hecho, aun cuando no se hubiere dado por personas ligadas por un contrato, hubiere ocasionado una acción de reembolso. También en contra, Planiol y Ripert, *Tratado práctico...*, *op. cit.,* pág. 48, señalan: "Si ello fuera así, todos los contratos serían susceptibles de convertirse en sinalagmáticos, ya que con respecto a todos ellos el acreedor puede llegar a ser deudor del deudor, por lo cual el simple hecho de que esta nueva deuda guarde cierta relación con el contrato existente pudiera dar lugar a la relación de conexión que sirva de base a la *exceptio non adimpleti contractus*". En este mismo sentido, Albadalejo: "Lo que puede inducir a pensar que se trata de obligaciones nacidas de los contratos de mandato, de depósito y de comodato. Mas, en realidad, es más correcto entender que no surgen de estos, sino *ex post facto,* o sea, del hecho posterior [...] No hay obligación *ex contractu,* no se está obligado desde que este se celebra [...]".

[75] Henri, Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Parte segunda, vol. i, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 111.

secundarias permanecerían incluso en el caso en que no se hubieran contraído por personas que tengan una relación contractual.

MESSINEO hace otra clasificación intermedia, que se refiere al derecho italiano. Trata de los contratos unilateralmente vinculantes, que son los que en una primera fase vinculan solamente a una de las partes. De esta manera, la una está obligada a cumplir, mientras que la otra está solamente en facultad de cumplir; "sin embargo, cumpliendo la misma adquiere el derecho a la contraprestación". Como ejemplo de esta nueva categoría contractual cita el del llamado mandatario de crédito que no puede renunciar al encargo, mientras quien lo ha conferido puede sustraerse a las obligaciones a él inherentes, revocando el encargo conferido[76].

¿Es posible que tratándose de esta clasificación, las partes puedan cambiar la naturaleza de un contrato? Por regla general, pensamos que no, en el siguiente sentido: en la mayoría de los casos el ser bilateral o unilateral depende de la misma tipificación legal o convencional y lleva en ello los elementos de la esencia del contrato. Por ejemplo, una compraventa siempre será un contrato bilateral, pues implica el nacimiento recíproco de por lo menos dos obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes; esto mismo pasa con el arrendamiento, la permuta y otros muchos. En casos especiales, como en la fianza, que por naturaleza es un contrato unilateral, en el evento de que su beneficiario asumiera obligaciones en favor del fiador, haría que este contrato se convirtiera en un contrato bilateral. Ahora bien, en pro de que la libertad de las partes pueda convertir en sinalagmático lo que de suyo no lo es, la ley no estableció un *numerus clausus* de contratos que tuvieran la condición de unilaterales o bilaterales, y les dejó este oficio a la jurisprudencia y al intérprete del contrato; además, "el carácter unilateral o bilateral que pueda tener un contrato es una cuestión de interés privado"[77]. Por tanto, acudiendo a la autonomía contractual, las partes podrían convertir en unilateral lo bilateral o viceversa, con lo cual dicho contrato no sería el tipificado legalmente, sino uno nuevo "inventado" o "creado" por los contratantes. Hay que tener en cuenta, además, que un contrato unilateral no se transformaría en bilateral, si la obligación que las partes han estipulado expresamente resultara ya de la ley misma, como si en un contrato de mandato sin remuneración

[76] MESSINEO, *op. cit.,* pág. 474.

[77] LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. X, De las obligaciones, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1950, pág. 572.

el mandante asumiera la obligación de reembolsar los gastos en que incurriera el mandatario en el desarrollo de la labor encomendada, y esa obligación, agregada al contrato como principal, "no debe tener ningún vínculo necesario con la naturaleza del contrato, sino ser la obra completamente discrecional de la voluntad de las partes"[78].

a) *Interés de la distinción*

a') *Teoría de los riesgos*. El problema es decidir cuál de las partes debe sufrir la imposibilidad de ejecución de las obligaciones cuando esta imposibilidad proviene de un caso fortuito. El tema se presenta en los contratos bilaterales, ya que no se reduce a la extinción de la obligación que se hace imposible, sino que lo más importante es resolver qué sucede con las obligaciones a cargo de la contraparte.

En los contratos unilaterales no se presenta la cuestión de los riesgos, porque en ella hay una sola obligación, y la pérdida de la cosa debida produce la extinción de la única obligación existente. Pero en los contratos bilaterales, en que hay dos partes obligadas, tiene mucho interés determinar cuál es la parte que debe soportar la pérdida, porque ella tendría que cumplir la obligación sin recibir nada a cambio. Una manera equitativa y lógica de resolverlo es que la soporte el deudor cuya obligación se hace imposible, ya que no puede exigir nada de la otra parte, en virtud de la imposibilidad fortuita de cumplir la suya. De todas maneras hay que advertir que el artículo 1607 del Código Civil da una solución distinta.

b') *Condición resolutoria tácita*. Aunque inicialmente se predica solo de los contratos bilaterales[79], puede tener cabida en ciertos contratos unilaterales. Así, del comodato o préstamo de uso solamente nacen obligaciones a cargo del comodatario y, sin embargo, el comodante puede exigir inmediatamente la restitución de la cosa, si aquel la emplea en uso diferente del convenido[80].

3. Categorías apoyadas en la duración del contrato

A) *Contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva*

A veces el contrato comporta una sola ejecución, en cuanto esta agota su razón de ser. Estos son los llamados contratos de ejecución única o

[78] Baudry-Lacantinerie y Barde, citados por Claro Solar, *op. cit.,* pág. 573.

[79] C. C., art. 1546.

[80] C. C., art. 2202.

instantánea. Estos contratos ordinariamente quedan ejecutados en un solo acto y por decirlo de alguna manera, el verbo rector del contrato se agota. Una parte vendió y no continúa vendiéndole a su contraparte, y el contrato "expira", y de alguna manera, su ejecución se realiza fuera del contrato. Las obligaciones en ellos nacen, ordinariamente, al mismo tiempo de su perfeccionamiento y perduran hasta su efectivo cumplimiento. Son aquellos contratos en que ni las partes ni la ley atribuyen valor o efectos especiales a la diferencia temporal que pueda existir entre el momento del perfeccionamiento del contrato y el del cumplimiento de las obligaciones que nacen de él[81], y ordinariamente crean obligaciones de dar.

En contraposición están los contratos de ejecución sucesiva, de duración o de tracto sucesivo, o también llamados de ejecución diferida, que son aquellos en los cuales la prolongación en el cumplimiento es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes o dispuestos en la ley. Son contratos que artibuyen efectos especiales al paso del tiempo respecto del cumplimiento de las obligaciones. La duración, en este caso, en vez de sufrirla las partes, la quieren. La conjugación del verbo rector permanece, y a pesar de haberse perfeccionado, sigue durando. Son, por tanto, contratos de tracto sucesivo o ejecución sucesiva aquellos cuya ejecución debe tener lugar en una serie determinada de épocas[82], como el arrendamiento de cosas, en el que cada período de arriendo puede considerarse un contrato diverso, que una vez cumplido da nacimiento a otro contrato[83]. Es suficiente que las obligaciones de una sola de las partes sea continua para que el contrato se pueda clasificar dentro de esta categoría.

Estos pueden ser de ejecución continuada, en los que la prestación, que ordinariamente es de hacer, o de no hacer, es única, pero ininterrumpida, como ocurre en el contrato de seguro; o bien de ejecución periódica, en los que se tienen varias prestaciones que se cumplen en

[81] HUGO PALACIOS MEJÍA, *Soluciones jurídicas alternativas a problemas económicos en contratos de ejecución sucesiva*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibañez, Edic. Depalma, 2009, pág. 82.

[82] En palabras de la Corte Suprema, en ellos "las obligaciones principales —y originarias— que de él emanan [...] no se agotan en un solo momento, sino que se desenvuelven y desdoblan a medida que transcurre el tiempo". C. S. de J., sent. de 13 diciembre 2002, exp. 6462.

[83] Aunque para algunos se acepta también el arrendamiento por un instante, "como cuando se facilita a una persona un arma para hacer un disparo". PALACIOS MEJÍA, *op. cit.,* pág. 84.

fechas preestablecidas, o intermitentes, a solicitud de una de las partes, como en el contrato de cuenta corriente o de algunas modalidades del contrato de suministro. Un solo contrato puede dar lugar a obligaciones de una y otra clase: por ejemplo, del contrato de arrendamiento nace la obligación continuada del arrendador de mantener el bien en condiciones para el arrendatario y la obligación periódica del pago del canon para el arrendatario. Entonces el género lo integran los contratos de duración, y sus especies son los contratos de ejecución continuada y de ejecución periódica[84].

Una clasificación intermedia es la de los contratos de ejecución escalonada, en los que las obligaciones, o algunas de ellas, se someten a un plazo para su cumplimiento[85].

a) *Interés de la distinción*

a') *Nulidad o resolución del contrato*. En los contratos de tracto sucesivo, el incumplimiento que da lugar a la resolución del contrato le pone simplemente término anticipado y deja subsistente lo que se ha hecho en ejecución de las épocas sucesivas realizadas antes de la resolución.

b') *Contratos de duración determinada e indeterminada*. La regla de que las partes no pueden romper unilateralmente un contrato tiene una excepción importante en los contratos de tracto sucesivo con duración indeterminada, en los cuales la voluntad de una de las partes le puede poner fin. Con el propósito de evitar perjuicios, la ley ha previsto en la mayoría de estos que se ejerza esta posibilidad dando aviso oportuno de la terminación.

[84] "Cuando el legislador se refiere a contratos de ejecución sucesiva o periódica nos remite a los que la doctrina, principalmente la española, denomina contratos de duración en el sentido de que generan obligaciones duraderas a cargo de las partes", en Gabriel Correa Arango, *De los principales contratos mercantiles*, Medellín, Ediciones Jurídicas Diké, 1987, pág. 338.

[85] El art. 868 del C. de Co. se refiere a los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida como aquellos en los que es posible aplicar la teoría de la imprevisión. En este contexto serían contratos de ejecución sucesiva "aquellos en que las obligaciones se cumplen *continuamente* a través del tiempo, como en los de suministro de agua o electricidad; (ii) contratos de «ejecución periódica» aquellos en donde ciertas obligaciones deben cumplirse en forma repetitiva en momentos futuros precisos, como en los de financiación de vivienda en cuotas fijas, y, salvo regla especial, todos los contratos a plazos (artículo 1651 del Código Civil); y (iii) contratos de «ejecución diferida» aquellos en donde algunas obligaciones, de naturaleza heterogénea, están sujetas a uno o varios plazos, como en los de obra por etapas". Palacios Mejía, *op. cit*., págs. 81-82.

La teoría de la imprevisión no se puede aplicar por la fuerza de las cosas más que a los contratos sucesivos.

c') *En cuanto a la prescripción de las obligaciones contractuales*. Esta debe contarse a partir del momento en que cada obligación debió satisfacerse, cuando la ley o las partes señalaron el momento. En este sentido, la prescripción de las obligaciones de los contratos de ejecución instantánea se cuenta desde la celebración del contrato, mientras que en los otros debe contarse desde la fecha en que debió cumplirse cada obligación.

4. CATEGORÍAS QUE SE FUNDAN EN LA REGLAMENTACIÓN LEGAL

A) *Contratos típicos*[86] *y atípicos*[87]

Podemos introducir esta clasificación contractual con palabras de JOSSERAND: hay contratos "hechos a la medida" y otros de "confección", entendiendo por los primeros los contratos en que la imaginación y las necesidades económicas de los contratantes son las determinantes para elaborarlos, y por los segundos los que tienen una reglamentación en la ley, en la que al menos, en cuanto sea imperativa, las partes no se pueden separar, so pena de la aplicación de sanciones jurídicas. Los contratos típicos son los que están regulados por una ley, en sentido amplio, aquellos cuyas características esenciales, nacimiento y efectos, se encuentren reguladas por una norma, aunque sea una normativa escasa, que tenga que completarse con las normas generales de los contratos[88].

[86] Establece la Corte Suprema de Justicia: "Desde un punto de vista genérico, el concepto de tipicidad denota, en el ámbito del derecho, aquella particular forma de regular ciertas situaciones generadas a través de [*sic*] tipos, los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares, que brindan una noción abstracta de dichas realidades, todo ello con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos". C. S. de J., sent. de 22 octubre 2001, exp. 5817.

[87] Los arts. 15 y 16 del C. C. abren la posibilidad de que se celebren otros contratos no previstos en la ley, siempre y cuando con ellos no se atente contra las normas de orden público y las buenas costumbres o se renuncie a derechos conforme a lo que estipula la ley.

[88] En sentido amplio se puede hablar de contratos típicos legales, doctrinales, jurisprudenciales y sociales.

Son aquellos entonces, cuya teoría está especialmente desarrollada por una norma jurídica. Sin estos tipos contractuales no sería posible el tráfico jurídico. Su universo no se agota con la nómina tradicional de raíz romanista que traen el Código Civil y el de Comercio, ya que hay en Colombia numerosas leyes especiales que también reglamentan contratos, por ejemplo, los de *leasing* y *repo*. Una de las clasificaciones más cercana a esta es la de contratos nominados e innominados, según que la ley les asigne o no una denominación especial. En el derecho moderno esta clasificación se ha abandonado, en cuanto que la nominación no hace típico a un contrato, y además, lo importante es que el contrato tenga o no una especial disciplina en la ley, por gozar de un estatuto propio[89], aunque algunos insisten en esta diferencia[90].

A veces parece que se entendiera que si el contrato es típico, la ley lo considera merecedor de tutela, pero que cuando estamos frente a un contrato atípico, la ley exigiera que para darle esa misma tutela se demostrara que fuera dirigido a realizar un interés merecedor de ella. No parece coincidir esta apreciación con la realidad. La donación, por ejemplo, es un contrato típico, pero puede tener una finalidad ilícita, pues todo depende en buena medida de la causa del contrato, y además la ley no parte de la mala fe de los contratantes; por tanto, la ley presume que todos los contratos son lícitos, hasta que se demuestre lo contrario.

Del constante devenir de los negocios y de la necesidad de adecuar figuras típicas a nuevas modalidades negociales van naciendo también, algunos nuevos contratos que a la vez han sido tipificados. Afirma Messineo: "De la venta ha nacido el suministro; del préstamo, la apertura de crédito"[91].

De ordinario en los contratos típico-nominados abundan las normas supletivas de la voluntad de las partes, a las que los contratantes no se refieren expresamente cuando acuerdan el respectivo tipo contractual. Por tanto, en estos eventos la función interpretativa del contrato

[89] En este sentido, Castán Tobeñas señala: "El principio de libertad contractual que inspira el derecho de obligaciones permite que al lado de aquellos que la ley hace objeto de consideración especial y solamente a una particular disciplina jurídica, pueden existir otros que carecen de regulación específica (contratos innominados o atípicos)".

[90] La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el contrato de *leasing* es nominado y atípico; sent. de 13 diciembre 2002, exp. 6462, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[91] En el derecho italiano, del mutuo han ido desprendiéndose otras figuras como la apertura de crédito, el anticipo, el descuento, el reporto. Héctor Masnatta, *El contrato atípico,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pág. 15.

se contrae en la mayoría de los casos a la aplicación de estas normas supletivas de la voluntad de los contratantes. Hay también contratos atípicos nominados, como el de franquicia, o atípicos innominados, que necesitan una descripción o una calificación relacionada con su objeto (contrato de utilización de autopista).

En derecho contractual no hay un *numerus clausus* de contratos, pues se autorizan todas las creaciones que busquen una finalidad respetable o que no choquen con algunas limitaciones impuestas por la ley[92]. En este sentido podemos hablar de una tipicidad legal, una social y una *jurisprudencial*. Hay que hacer la observación, que tratándose de la tipicidad social, las cláusulas vejatorias, que ordinariamente son previstas como condiciones generales, no pueden tenerse como usos o costumbres, aunque sean de práctica usual, y su interpretación tendrá que hacerse en el sentido más favorable al consumidor. Como causas de los contratos atípicos, que tienen una tipicidad social, podemos subrayar la influencia del derecho anglosajón, con nuevas formas de contratación con gran contenido pragmático, como la franquicia; también los avances tecnológicos que imponen nuevos usos o el fomento del comercio trasnacional[93].

Ahora bien, no es fácil encontrar un contrato atípico, en el sentido de que no permita recurrir a previsiones normativas de ninguna clase[94], y es difícil encontrar un contrato cuya tipicidad signifique tanta riqueza de previsiones normativas que de su contenido ya no pueda brotar ningún problema, y tampoco es fácil establecer cuándo "un contrato sufre en su estructura o en su función tales modificaciones que pierde su originaria tipicidad"[95]. En este evento hay que revisar si esa adición está o no subordinada a la disposición del contrato principal típico.

[92] "[...] En América Latina y en numerosos países, por lo menos durante largo tiempo, los contratos bancarios han sido contratos atípicos, eso es, no regulados específicamente por la ley, sino surgidos de la iniciativa de los particulares, en concreto, de las entidades de crédito que los han desarrollado y en relación con los cuales se explica, precisamente, su existencia, siguiendo el interesante proceso de creación del derecho mercantil que parte del reconocimiento directo de la realidad operativa de los comerciantes [...]". Véase SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos. Su significación en América Latina,* 5ª ed., Bogotá, Legis, pág. 114.

[93] E. CHULIÁ VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos,* t. I, 4ª ed., Barcelona, J. M. Bosch, 1999, pág. 11.

[94] En la regulación de los contratos atípicos tienen especial importancia los usos y las reglas profesionales.

[95] LUIS DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.,* pág. 207.

Si tal sucede, no parece haber dificultad en aplicar a todo el contrato resultante las estipulaciones de ese contrato típico regulado en la ley, pero cuando se da el caso contrario, esto es, cuando esa adición que se hace al contrato hace que el negocio resultante se parezca poco al tipo contractual de donde nació, ya cambia sustancialmente el primer supuesto. Por ejemplo, es frecuente que los contratos de compraventa de aparatos incluya el servicio de instalación, de mantenimiento, y en algunos casos de aprendizaje, transformándose de esta forma en contratos complejos.

Atendiendo a lo dicho, se suelen clasificar los contratos atípicos en puros y mixtos. Los primeros no tienen ninguna relación con los típicos, y los segundos mezclan prestaciones y funciones de varios de los típicos[96]. Es difícil pensar en un contrato en que las partes no hayan utilizado unos elementos, por llamarlos de alguna manera, "prefabricados" y en el que por lo menos una de las obligaciones que nacen de este contrato no se encuentren reguladas en otro tipo contractual. El campo de la prestación de servicios es pródigo en contratos atípicos.

Volvemos a hacernos una de las preguntas fundamentales de esta categoría contractual: ¿cómo saber si cuando las partes celebran un contrato que no se adecua plenamente a uno de los tipos contractuales definidos por la ley nos encontramos frente a un contrato atípico? Un buen criterio es saber si varía la función económica que tenga el contrato. Pero de todas maneras, es dudoso saber cuándo estamos frente a un verdadero contrato atípico y cuándo ante uno que sigue siendo típico.

Uno de los temas más importantes en los contratos atípicos es saber cuál es la regulación aplicable a ellos. En primer término deberían estar todas las normas imperativas relativas al caso, incluso, por supuesto, todo lo que tuviera que ver con la teoría general del contrato y de las obligaciones, para evitar lo que algunos han llamado la superposición de ordenamientos, la especialización de la especialización y, en definitiva, la anarquía y la confusión; en segundo lugar estarían todas aquellas normas dictadas por la voluntad de las partes y que estén previstas en el contrato y a cuya reglamentación de intereses se hayan acogido las partes, además de las normas supletivas que en materia

[96] Manuel Albadalejo distingue los propiamente atípicos, que son figuras cuya construcción se debe por completo a las partes, de los mixtos, "en los que estas dan vida, ciertamente, a un contrato no regulado expresamente en la ley como figura autónoma, pero lo hacen combinando obligaciones y elementos tomados de distintos contratos típicos". Albadalejo, *op. cit.,* pág. 410.

contractual son numerosas y que sean aplicables al caso; también a los principios generales del derecho privado, en especial, a la buena fe objetiva, propia de la materia contractual. Cuando estos criterios sean insuficientes se debe acudir a lo que la doctrina y la jurisprudencia han llamado contratos mixtos, que son aquellos en que se mezclan prestaciones o estipulaciones de varios contratos o causas de diversos contratos típicos[97], teniendo en cuenta siempre que lo que identifica a un contrato típico y a uno atípico es su unidad. Esta mezcla puede realizarse de varias formas:

• Una de las partes se obliga a varias prestaciones principales, propias de otras tantas categorías de contratos, y la otra promete una remuneración global;

• Una de las partes se obliga a la prestación típica de cierto contrato; la otra, a la prestación típica de un contrato distinto.

El problema que surge es el de la aplicación de las normas de los diferentes contratos nominados a los mixtos; pretenden unos la preferencia de las normas del contrato preponderante, y otros, para cada prestación, las normas propias del contrato que la regula, combinando así la aplicación de normas de diferente procedencia a los diferentes elementos de un mismo contrato. De esta manera se crearía lo que MESSINEO llama una especie de alfabeto contractual. La dificultad de aplicación de estas dos teorías radica en que el contrato atípico no es la suma de unos elementos, sino una síntesis entre todos ellos, compenetrada y orgánica.

Dentro de los contratos mixtos hay que diferenciar los contratos conexos o unidos, en los que cada uno de los tipos contractuales que se utilizan para el negocio mantiene su propia individualidad, pero cuyas prestaciones se quieren y se pactan en conjunto.

5. CATEGORÍAS QUE SE FUNDAN EN EL PERFECCIONAMIENTO

A) *Contratos consensuales, reales y solemnes* (*de forma libre o impuesta*)

Esta clasificación tiene su origen en la tipificación de las causas civiles de obligarse establecidas en el derecho romano, que fue convertida

[97] El Código Civil holandés de 1992, en el art. 215, aplica a estos contratos "las disposiciones propias de los contratos típicos afines, siempre que estas sean compatibles entre sí, y se adecuen a la naturaleza del contrato celebrado". Citado por ALTERINI, *op. cit.,* pág. 190.

por la doctrina romanista en una clasificación escolar. En el derecho romano, para constituir una obligación se necesitaba el pronunciamiento de unas palabras solemnes, la suscripción de un documento, la entrega de una cosa o la prestación del consentimiento. Por eso, se podía decir que las obligaciones se contraían *verbis*, *litteris*, *re* y *consenso*. Los dos primeros eran los contratos formales[98].

La regla común de los contratos modernos es la consensualidad. Los contratos consensuales "se perfeccionan válidamente con ausencia de toda formalidad; resulta suficiente con el acuerdo de las voluntades, manifestado de una manera cualquiera"[99] (*solus consensus obligat*). Por tanto, en estos contratos se puede utilizar cualquier forma de expresión (palabras, señas, comportamiento), y en general, son consensuales todos los contratos de administración y los de disposición de bienes muebles. En ellos la entrega o tradición de la cosa cumple funciones de cumplimiento del contrato, pertenece a su fase de ejecución, es decir, simplemente va a poner fin a la obligación que del contrato nació. Esta es una de las evoluciones históricas del derecho contractual más importantes y trascendentales, desde el derecho romano a los canonistas y propugnadores del derecho natural. Aunque en el Código Civil no hay una norma general tan expresamente clara en materia de consensualidad, como sí la hay en materia comercial[100], no cabe duda de que su regla fundamental es también la consensualidad.

Un contrato consensual se caracteriza entonces por la ausencia de formalidades y requisitos externos. Por tanto, el consentimiento puede manifestarse válidamente de cualquier modo que permita conocer su existencia, esto es, de palabra, por escrito y también por un hecho inequívoco que configure una aceptación tácita en los términos del artículo 854 del Código de Comercio[101]. En algunos casos, en especial ante el valor que puedan tener los bienes muebles, se acude al escrito, pero como un medio más de prueba para acreditar los elementos integrantes del acuerdo de voluntades.

Tratando de los contratos solemnes —formales—, parece que las razones de existencia histórica reciente de estos obedecen en la

[98] Díez-Picazo, *Fundamentos...*, *op. cit.,* pág. 105.

[99] Mazeaud, *op. cit.,* pág. 79.

[100] C. de Co., art. 830.

[101] Aunque en el Código Civil no hay una norma tan directa como la del Código de Comercio, hay otras de las que indirectamente se puede inferir el principio de la consensualidad en materia contractual, como son los arts. 1502 y 16.

mayoría de los casos a la importancia que el legislador les daba; razones que van desapareciendo con los años y con la realidad de un comercio cada vez más ágil[102]. Los contratos formales exigen para su perfeccionamiento, además del acuerdo de voluntades de las partes, el cumplimiento de una solemnidad impuesta por la ley, que son de derecho estricto, o en algunos casos por las mismas partes, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada acuerdan que hasta que se cumpla la solemnidad acordada no habrá contrato, aunque las partes estén de acuerdo en sus elementos o lo hayan cumplido[103]. Esa voluntad entonces tiene que vaciarse en un molde. En esta categoría de contratos está la forma *dat esserei* (la forma da el ser a la cosa). El contrato es solemne, entonces, cuando la voluntad de las partes, expresada sin formas exteriores determinadas, no basta para su celebración, porque la ley, o la misma voluntad de las partes, exigen una formalidad particular en ausencia de la cual el consentimiento no tiene ninguna eficacia jurídica[104]. Dentro de los contratos solemnes más importantes podemos enumerar el contrato de compraventa de bien inmueble, tanto en materia comercial como civil[105], el contrato de promesa de contrato civil, el contrato de *leasing habitacional*, el contrato de promesa de sociedad, el contrato de permuta de bienes inmuebles, etc. Esas formalidades que la ley establece para los contratos son variadas y van desde el escrito privado, como en la promesa de contrato civil; la escritura pública, en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, y el documento privado reconocido ante autoridad competente, en la venta de un establecimiento de comercio.

¿Pero qué sucede cuando la voluntad de las partes que exige determinada solemnidad no es clara si se refieren a ella como requisito de la existencia del contrato o como requisito de prueba? Creemos

[102] Algunas razones que justifican esta categoría contractual: permitir a las partes una mayor reflexión sobre el contrato que van a celebrar; proporcionar seguridad sobre la existencia y contenido de un contrato, garantizar claridad sobre dicho contenido y asegurar el control fiscal del contrato.

[103] En la duda acerca de la voluntad de las partes se deberá tener el contrato por no solemne, que es la regla general.

[104] MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de José M. Cajica, México, D. F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, pág. 29.

[105] En contra, NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, que afirma que el contrato de compraventa de bien inmueble en materia comercial es consensual, en consideración, entre otros argumentos, a que no hay ninguna norma comercial que establezca una formalidad para este contrato.

que la solución debe ser que el requisito sea en cuanto a la prueba del contrato, ya que la solemnidad para la existencia de este es un régimen eminentemente exceptivo de la voluntad de las partes.

Uno de los medios adoptados por diferentes legislaciones para la defensa del consumidor ha sido la del regreso en algunos casos al formalismo. Algunas de las leyes especiales que reglamentan algunos contratos en particular exigen la solemnidad del contrato para defensa del consumidor como en el *leasing habitacional*. En otros casos se exige lo que se ha conocido como el formalismo indirecto[106], que no tiene efectos para el perfeccionamiento del contrato, sino para su oponibilidad a terceros, como en el caso de la licencia de uso de marca o de la prenda abierta en materia comercial.

El legislador también ha rodeado de garantías —que consisten en formalidades— los contratos celebrados en beneficio de los incapaces por quienes ostentan la condición de representantes de tales incapaces. En cierta medida, el formalismo lo que hace realmente es proteger a las partes, pero sobre todo protege a los terceros. Pero también estos estarían protegidos si la falta de formalidades no produjera la inexistencia del contrato, sino su inoponibilidad a los terceros.

Como ya lo mencionamos, las formalidades previstas en las normas de derecho privado en materia contractual son muchas y muy variadas: la escritura pública acompañada de su registro en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente, como en el caso de la hipoteca; la sola escritura pública, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles y en la permuta de la misma clase de bienes; el escrito privado, en el caso de la promesa de contrato en materia civil; un escrito privado reconocido ante autoridad competente, como en el caso de la enajenación de un establecimiento de comercio; la autorización judicial para la enajenación o hipoteca de los bienes del hijo de familia o la subasta pública, para la venta de los bienes de propiedad del pupilo. En fin, son formalidades que se refieren a diferente clase de documentos o actuaciones, pero nunca, en materia contractual, a la utilización de fórmulas o palabras solemnes.

En tercer lugar nos referiremos a los contratos reales. Estos marcaron en un primer momento un avance en la historia jurídica de los contratos, pues el contrato ya no nacía de pronunciar determinadas palabras o de la realización de determinados ritos[107]; en ellos, su

[106] Mazeaud, *op. cit.,* pág. 84.

[107] Mazeaud, *op. cit.,* pág. 91.

perfeccionamiento depende en unos casos de la entrega de la cosa, y en otros, de la tradición de esta; exigen, por tanto, un hecho positivo[108], y esa entrega o tradición no sustituye al "intercambio de consentimientos", sino que lo "acompaña"[109]. El desposeimiento del propietario de la cosa, bien sea mediante su entrega o mediante su tradición, es de la esencia del contrato real[110]. En estos la entrega o tradición del bien no forma parte de la etapa de cumplimiento del contrato, sino de su formación, sin que se necesite que el cocontratante tenga la tenencia. Parece que la razón de ser de estos contratos reales se diera porque la obligación que nace para el beneficiario del contrato de restituir no pudiera nacer sino por la entrega de la cosa. Los contratos reales se desfiguran cuando les imponen obligaciones a ambos contratantes; ellos consienten en la utilidad, pero no en obligaciones para ambos contratantes.

Los contratos reales reglamentados en el Código Civil son: el mutuo, el comodato, el depósito, la anticresis y la prenda, y en gracia de discusión, el contrato de hipoteca. En el Código de Comercio se podría incluir en contratos reales el de fiducia, conforme a la definición que trae de este[111] y del de anticresis.

6. Modernización de los contratos y obligaciones

En el derecho contractual de hoy temas como el de las categorías de los contratos y su clasificación no forman parte, ni de lejos, de las preferencias de los investigadores y teóricos del derecho privado. Parecen ser asuntos del pasado, que obedecieron al ánimo clasificatorio de los codificadores del siglo XIX, y a lo que poco, o nada, es posible agregar. Da la impresión de tratarse de un tema cerrado para la investigación y la discusión académicas, que se incluyen marginalmente en los programas de Obligaciones y Contratos.

Los contratos bilaterales, unilaterales, gratuitos, onerosos, de tracto sucesivo, de ejecución instantanea, etc, han sido materia de los estudios de derecho civil desde tiempo inmemorial. La razón es sencilla: no

[108] Aunque admiten la modalidad de promesas de contratos reales consensuales.

[109] Breccia, *op. cit.,* pág. 1103.

[110] Mazeaud, *op. cit.,* pág. 92.

[111] C. de Co., art. 1226. Este es un tema discutido, pero nos parece que la definición de la norma jurídica no deja lugar a dudas cuando manifiesta que por medio de este contrato el fideicomitente transfiere. Por tanto, hasta cuando se dé dicha transferencia, que exigiría por supuesto título y modo, no se perfeccionaría el contrato de fiducia.

hay código en América Latina, heredero de las codificaciones europeas, que no dedique algunos artículos a las categorías y clasificaciones de los contratos, o que sin dedicar unas normas expresas, parezcan estar inmersas en el contenido de normas que tratan sobre otros temas, como ocurre en el Código de Comercio colombiano, en el que la norma que establece la teoría de la imprevisión menciona los contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, sin definirlos.

Pero no es posible pintar un panorama tan desolador para las categorías de contratos; hay razones que hacen pensar otra cosa. No, no se trata de dinosaurios en vías de extinción. No están pasadas de moda las categorías contractuales, ni han perdido su original sentido de sistematización, y no obedecen a un simple ánimo clasificatorio, como el de los escolásticos de la Edad Media. Como conclusión de la investigación que culminó con este escrito, nos permitimos hacer la siguiente reflexión, que esperamos sea compartida por algunos de los amables lectores: realmente la categorización de los contratos ha tenido y sigue teniendo un papel importante en la teoría general del contrato. No se trata de un añadido de poca importancia; por el contrario, las categorías ayudan a establecer relaciones y vinculaciones entre distintas figuras que no se entenderían sin ellas. Permiten aplicar principios e instituciones jurídicas comunes a las categorias que compartes elementos. Tienen una labor integradora del contrato. Permiten afinar el conocimiento de los distintos contratos específicos reglamentados. Por decirlo de alguna manera, entre las categorías de los contratos y los contratos reglamentados y los no reglamentados hay estrechas relaciones de ida y vuelta, que permiten comprender mejor las figuras típicas y atípicas de los contratos.

Tampoco es cierto que la evolución de las categorías contractuales se haya estancado y no hayan aparecido nuevas figuras después de su codificación. No. El devenir histórico del negocio jurídico llamado contrato en el último siglo ha sido considerable. Una verdad de perogrullo es que el contrato actual no es el mismo contrato de ayer. Si algo evoluciona en las relaciones jurídicas de derecho privado es la noción del contrato porque se debe, se tiene que adaptar, a las múltiples formas de los acuerdos patrimoniales entre todo tipo de personas fruto de una economía viva, y las categorías de contratos siguen acompañando esta evolución: aparecen nuevas y siguen ayudando a estudiar de una forma sistemática la realidad contractual. Permiten conceptualizar las realidades fácticas que se dan en la actividad económica. Quien podría negar la importancia de figuras tales como las de las uniones de contratos,

los contratos coligados, combinados, vinculados, conexos o mixtos, o la de los contratos de distribución, en un escenario mundial de tratados de libre comercio, o los contratos directos e indirectos. Contratos que nacen de otros contratos y que dan lugar a nuevas categorías que nacen, a su vez, de otras categorías ya existentes, o que por su novedad no pueden encerrarse en las conocidas. La contratación de hoy sería imposible sin los contratos de ahesión y la contratación en masa, o de las condiciones generales de los contratos. O cuantas actividades económicas se explican y se pueden adelantar gracias a los contratos de colaboración empresarial, como los de *joint venture* o los consorcios.

Quizá el más importante desarrollo que ha tenido la categorización contractual en los últimos cincuenta años haya sido el de los contratos con el consumidor. Realmente la revolución contractual más importante del derecho privado moderno es la relación contractual en la que participa un consumidor. Muchos paradigmas contractuales han sucumbido ante la fuerza del contrato con el consumidor. Este ha hecho que el legislador se preocupe de la justicia real contractual y no de una mera justicia formal de igualdad teórica de las partes ante la ley al momento de contratar, sino de una material, al asignarle al consumidor una serie de derechos y prerrogativas, y de obligaciones al profesional. Los contratos de consumo son una, ya no muy nueva, categoría recogida por algunas codificaciones más recientes, o por normas especiales, que aplica a una gran variedad de manifestaciones contractuales.

En cuanto a la reglamentación legal de las categorías contractuales, es necesario mencionar también que códigos latinoamericanos del siglo xxi, como el Código Civil de Brasil, vigente desde enero de 2003, dedica en el capítulo i (disposiciones generales), del título v (de los contratos en general), cuatro artículos a tratar sobre los contratos aleatorios, en las que además de aproximarse a una definición de ellos, establece cuáles son sus consecuencias y efectos. También dedica cinco artículos a los contratos preliminares, definiendo los elementos que debe contener el contrato para considerarse preliminar, y estableciendo unas reglas comunes para todos en ellos en caso de incumplimiento y de ejercicio de acciones de parte del afectado; dedica igualmente cinco artículos a los contratos con personas a declarar.

En 1984 entró en vigencia en el Perú un nuevo Código Civil, con gran influencia del Código Civil italiano de 1942, proceso ya conocido en Colombia con la expedición del Código de Comercio de 1971. En punto de las categorías de los contratos y sus clasificaciones, el Código es relativamente parco. En él se encuentran algunos artículos que se

refieren a contratos consensuales y solemnes[112], de adhesión[113] y contratos innominados y nominados[114].

Por su parte en Argentina el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por una comisión creada con fundamento en el decreto presidencial 191 de 2011, incluye normas sobre los contratos por adhesión a cláusulas generales, con la advertencia de que se presenta la adhesión o predisposición no como un tipo general del contrato, sino como una modalidad del consentimiento. Igualmente se regulan los contratos preparatorios y el contrato de consumo.

En el concierto mundial, la reforma de 2002 al Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al consumo (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, etc.), e incorporó otras normas como las de condiciones generales de la contratación. El Código Civil de Quebec de 1991 también incluyó disposiciones que se refieren a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión[115]. Por su parte, el Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de la contratación. Queda claro, entonces, que dentro de la técnica legislativa en materia de contratos, sus categorías y clasificaciones siguen ocupando un sitio de importancia.

La evolución del derecho privado, y en especial, la del derecho contractual, codificaciones recientes, leyes especiales en otros casos, incluyen nuevas categorias que dan lugar al frecuente nacimiento de nuevas formas de acuerdos patrimoniales que enriquecen la teoría del contrato, dándole unos aires nuevos al tema de siempre del derecho privado: el contrato.

7. Bibliografía

Albaladejo, Manuel: *Derecho civil*, t. ii, Derecho de obligaciones, 10ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1997.

Alterini, Atilio Aníbal: *Contratos civiles*, *comerciales*, *de consumo. Teoría general,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Álvarez Correa, Eduardo: *Contratos bancarios*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1991.

[112] Art. 1352.

[113] Art. 1390.

[114] Art. 1353.

[115] Art. 1432, 1437 y 1438.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO: *Contratos mercantiles*, t. I, 8ª ed., Medellín, Editorial Jurídica Diké, 1997.

BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO: *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1932.

BRECCIA, UMBERTO y otros: *Derecho civil*, t. I, vol. II, Hechos y actos jurídicos, trad. de Fernando Hinestrosa, Santa Fe de Bogotá, 1994, Universidad Externado de Colombia.

CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE: T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, t. I, 4ª ed., Barcelona, J. M. Bosch, 1999.

CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* t. X, De las obligaciones, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1950.

CORREA ARANGO, GABRIEL: *De los principales contratos mercantiles*, Medellín, Ediciones Jurídicas Diké, 1987.

DE RUGGIERO, ROBERTO: *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Tejeiro, Madrid, Reus, 1944.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. I, Introducción a la Teoría del Contrato, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN ANTONIO: *Sistema de derecho civil*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.

—: *Sistema de derecho civil,* vols. I y II, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

GAUDEMET, EUGÉNE: *Teoría general de las obligaciones*, trad. de Pablo Macedo, México, D. F., Porrúa, 1974.

LARROUMET, CHRISTIAN: *Teoría general del contrato*, vol. I, trad. de Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

MASNATTA, HÉCTOR: *El contrato atípico,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

MAZEAUD, HENRI, LEÓN y JEAN: *Lecciones de derecho civil*, Segunda Parte, vol. I, Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.

MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Santiago de Chile, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

MOSSET ITURRASPE, JORGE: *Manual de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1961.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2000.

PLANIOL, MARCELO y RIPERT GEORGES, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, Las obligaciones, Trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend, La Habana, Editorial Cultural, 1946.

Pothier, Robert-Joseph: *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 2007.

Rodríguez Azuero, Sergio: *Contratos bancarios*, *su significación en América Latina*, 5ª ed., Bogotá, Legis, 2002.

Spota, Alberto: *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Contratos, 3ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 1984.

Vallejo Mejía, Jesús: *Manual de obligaciones*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991.

Capítulo III

Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación[*]

Jorge Pinzón Sánchez[**]

> "Las leyes, como son obra de los más débiles y del mayor número [...], no han tenido al formarlas en cuenta más que a sí mismos y a sus intereses [...]. Para atemorizar a los más fuertes [...] dicen que es cosa fea e injusta tener alguna ventaja sobre los demás [...]. Por esta razón es injusto y feo, en el orden de la ley, tratar de hacerse superior a los demás, y se ha dado a esto el nombre de injusticia. Pero la naturaleza demuestra [...] que es justo que el que vale más tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil", Calicles, según Platón.
>
> "Entre el fuerte y el débil, la ley libera y la libertad esclaviza".
>
> Cicerón

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

En la contratación contemporánea, y en forma acorde con la planeación y sistematización de los procesos de producción, comercialización

[*] Las bases de este capítulo corresponden a comentarios ya expuestos en dos artículos anteriores del suscrito, el primero publicado en la *Revista de Derecho Civil* de la Facultad, y el segundo, reproducido en la *Revista de Derecho Privado* de la misma. Ambos citados.

[**] Abogado, con tesis laureada, y magíster en Filosofía, con mención de honor, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Ha sido profesor de Obligaciones, Contratos y Sociedades en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y de Sociedades en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Es profesor de Derecho Comercial Internacional y director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad

y consumo masivo de bienes y servicios, se pueden señalar, entre otros, estos cuatro instrumentos o "modos" de estandarización: 1) el uso de contratos tipo, cuya estructura básica ha sido preestablecida en formatos escritos que pueden haber sido redactados por quien los pone en juego con ocasión de un contrato, o por terceros con relación directa con los eventuales contratantes o sin ella; 2) el uso de tales formatos con el propósito de obtener la adhesión a lo predispuesto en ellos sin negociaciones previas acerca de su contenido, y sin que importe si el adherente actúa de manera inicial como proponente, o si solo acepta una oferta de la cual ha sido destinatario; 3) la posibilidad de expresar la adhesión al contrato resultante mediante su ejecución, de forma directa y sin haber sido precedida por su celebración, y 4) la determinación total o parcial del contenido del contrato mediante la referencia a condiciones generales o uniformes de contratación que no siempre constan en el formulario y que pueden haber sido elaborados o no por quien ha hecho la referencia a ellas.

Todos o algunos de dichos instrumentos, que consisten en acciones u omisiones de los contratantes, en su mayoría documentadas, se combinan total o parcialmente y se complementan en la contratación "masiva", orientada a estandarizar los contratos que los empresarios celebren y ejecuten con potenciales contratantes indeterminados. En ese contexto adquieren mayor importancia, aunque también puede presentarse su uso y combinación en la contratación caso a caso, o "personalizada", y sin que importe si uno o ambos contratantes son empresarios, comerciantes o consumidores. Pero con causa en tales instrumentos contractuales, aun si no se dirigen hacia una "masa" impersonal de contratantes eventuales, en última instancia se produce una relación jurídica particular; y respecto de esa relación entre el predisponente y el adherente, en especial en lo que se refiere a relaciones entre empresarios y consumidores, se suscitan los conflictos prácticos y los interrogantes teóricos que aquí interesan, frente a los cuales se ha llegado incluso a discutir si tales relaciones pueden ser consideradas de carácter contractual.

Para los empresarios, sin que interese si son o no legalmente considerados comerciantes[1], recurrir a tales instrumentos de estandarización

---

Javeriana. Ejerce la profesión. Ha sido superintendente bancario, superintendente de sociedades, secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y director jurídico del Banco del Comercio. Miembro entre 1999 y 2005 de la delegación de Colombia a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de la ONU (CUDMI), relator del Grupo de Trabajo de la Comisión que preparó la Guía Legislativa sobre Insolvencia Local y presidente de la Comisión en 2005.

[1] Véase C. de Co., art. 10; ley 256 de 1996, art. 3º.

contractual representa un medio de organización de su actividad que, además de legítimo, es útil en función de costos, eficiencia y planeación, y que es acorde con la estandarización de bienes y servicios propia del mercado de consumo masivo como con los sistemas tecnológicos y de información disponibles en la actualidad. Pero debe notarse que tales instrumentos también pueden usarse en relaciones que no se consideren de consumo e incluso en relaciones entre empresarios, como ocurre en el supuesto de las denominadas "batallas de formularios", esto es, cuando se presenta el choque entre las cláusulas predispuestas, respectivamente, por dos empresarios que se relacionan entre sí con fundamento en sus respectivos formularios[2].

2. La autonomía privada frente a los conflictos propios de la adhesión y de la predisposición mediante condiciones generales de contratación

El planteamiento de algunos conflictos y problemas jurídicos propios de la estandarización contractual se limita aquí a las implicaciones de la adhesión y de la predisposición del contenido del contrato mediante condiciones generales o uniformes frente a la libertad contractual y la igualdad entre los contratantes, y se enfoca en especial hacia la contratación masiva. Pues bien, ¿qué clase de conflictos y problemas resultan especialmente relevantes?

Frente a la disyuntiva consistente en "tomar o dejar" el contrato predispuesto, ¿se puede decir que el adherente consiente en celebrarlo? O, más bien, ¿es "forzado" a adherir a él, en forma total o parcial, dada la imposición de cláusulas que no le gustan, de cláusulas impuestas, algunas claras y otras ambiguas, que no le convienen? ¿O el adherente acepta el contenido predispuesto, a regañadientes, ante la necesidad de contratar el bien o servicio por carecer de alternativa o, peor aún, por tener que contratar por razones personales imperiosas, sin que importe si existen o no tales alternativas?

¿Consiente el adherente cuando el contenido del contrato no solo no está abierto a su discusión con el predisponente, sino que resulta impuesto según lo prescrito en condiciones uniformes, cuya obligatoriedad es más parecida a la de un reglamento que a la que surge de la autonomía cuyo ejercicio es considerado el origen de todo contrato? ¿El predisponente debe ajustar las predisposiciones referentes a ciertas

[2] Véase Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, art. 22.

materias a las exigencias o conveniencias particulares de cada adherente, o le basta la claridad de la cláusula y la adhesión a ella por parte del adherente? ¿Todas las cláusulas predispuestas, independientemente de su claridad y sin que importe si de ellas resultan derechos u obligaciones en favor y a cargo del predisponente, deben ser interpretadas en favor del adherente? ¿Qué clase de información, y cómo y cuándo debe ser suministrada al adherente, o ser puesta a disposición por el predisponente antes de la adhesión?

La posibilidad de imponer condiciones a un contratante que no solo no puede discutir al respecto, sino que con frecuencia no puede contratar el respectivo bien o servicio con otro contratante, y en otras condiciones, implica el riesgo de abuso de su posición de parte del contratante "fuerte" y el de la inequidad o desequilibrio en el contenido del contrato resultante, en forma adversa al contratante "débil". Ante esa situación, la protección de la libertad e igualdad contractuales es asumida por el derecho estatal, que se vale de diversos medios de prevención y represión del abuso: la intervención sobre la contratación en ciertos sectores de parte de autoridades administrativas; la adopción de criterios de interpretación de los contratos acordes con dicha protección; la consagración de normas legales imperativas especialmente aplicables a la contratación masiva y estandarizada; y, con tales normas o sin ellas, la sentencia judicial, que, en los términos de la Constitución Política[3], está sometida al imperio de la ley con los criterios auxiliares como la equidad, la jurisprudencia y los principios generales de derecho (la buena fe y la prohibición del abuso del derecho), se puede alcanzar una relación equilibrada.

En este contexto, hay que establecer cuáles son los límites a la libertad contractual del empresario predisponente y cuál es el tratamiento jurídico adecuado para tal efecto. Sin desconocer la inevitable —al menos para el derecho privado— desigualdad real entre predisponente y adherente en cuanto a poder y posibilidades de elección, se debe tener en cuenta que la función social de la actividad empresarial implica de forma legítima el derecho a planear y estandarizar la contratación, de modo que el adherente también está sujeto a limitaciones legítimas relacionadas con su libertad de estipulación. La libertad del adherente no se materializa, entonces, en el derecho de negociación o discusión de todos los ángulos del contrato en un imaginario plano de igualdad, ese sí bien "forzado". El desarrollo eficiente de la empresa

[3] Const. Pol., art. 230.

es de interés del empresario que asume los riesgos que ella trae; pero también interesa a la sociedad, de modo que acudir a contratos predispuestos para su adhesión, con la remisión a condiciones generales o sin ella, no es una práctica que pueda ser considerada de entrada ilegal, o abusiva, o contraria a la buena fe.

Ante la Corte Constitucional se impugnó la constitucionalidad de apartes de los artículos 128 y 129 de la ley 142 de 1994, a propósito de los contratos de servicios públicos domiciliarios, cuyo contenido se integra con fundamento en condiciones uniformes o generales reguladas en la ley. Según el demandante, las normas impugnadas eran contrarias a los principios de justicia y equidad por permitir que las empresas prestadoras de servicios fijaran de manera unilateral las condiciones contractuales; y por reemplazar, según él, la voluntad e intereses de los usuarios por la intervención de las comisiones de regulación. En la sentencia C-1162 de 2000, la Corte afirma que el usuario sí manifiesta su voluntad de contratar, en un contexto legal en el cual la autonomía privada de la empresa prestadora está sujeta a la regulación e intervención del Estado; que los contratos por adhesión, por el hecho de ser tales, no violan el principio de igualdad, y que establecer como regla general la contratación caso por caso en esta clase de actividades podría ser contraria al interés general, al comprometer la eficiencia y continuidad del servicio y, paradójicamente, hasta podría promover de forma injustificada la desigualdad al sustituir los principios orientadores de la prestación de un servicio público por el interés individual[4].

A) *La formación del consentimiento*

Cuando se examinan los elementos esenciales de un contrato[5], generalmente no surgen dudas acerca de la existencia del consentimiento

[4] Según la Corte, "[...] este tipo de contratos por adhesión, también llamados «de cláusulas uniformes», no excluye, según lo determina la propia ley, el carácter consensual de los mismos, pues sí existe voluntad del usuario, solo que esta se pliega a las estipulaciones previamente definidas en el contrato por la empresa prestadora. También vale la pena aclarar que el contrato de prestación de servicios públicos no queda librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de este, a través de [*sic*] la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección". Sent. C-1162 de 2000.

[5] Los elementos o "cosas" de su esencia, su naturaleza y los puramente accidentales de un contrato, se entienden aquí en el sentido previsto en el art. 1501 del Código Civil.

que se manifiesta en el hecho de la adhesión a un formato de contrato, en el entendido de que cuando su contenido se integra por medio de condiciones generales, estas sean susceptibles de ser conocidas oportunamente por el adherente y que, en general, el modo de incorporación de ellas no merezca reparo[6]. Es extraña la ocurrencia de una discrepancia al respecto, por ausencia de consentimiento; al fin y al cabo, la adhesión es la expresión del consentimiento del adherente y resulta del ejercicio de su autonomía privada, de modo que este contribuye en forma necesaria a la formación del contrato. Más aún, la importancia de la voluntad del adherente se pone de relieve en aquellos casos en los cuales el texto del formato preestipulado que, con fundamento o no en condiciones generales, se somete a su aprobación en bloque, bien sea como oferta inicial o como respuesta a una invitación a contratar formulada por el propio adherente, implica que dicho adherente lo complete determinando elementos propios del contenido del contrato que pueden versar sobre su esencia misma. Así, por ejemplo, la fecha y hora posibles para la ejecución de un determinado contrato de transporte dependen, claro, de los horarios que el transportador ofrece, y en cada caso el adherente define, al momento de contratar, la fecha y hora en que necesita o quiere que dicho transporte se ejecute, y en función de esa determinación se perfecciona el acuerdo, sin perjuicio de los reglamentos y costumbres referentes al desistimiento o la posibilidad de cambios al respecto, hipótesis que se predican de un contrato ya perfeccionado en forma previa; y hay casos en los cuales las especificaciones hechas por el adherente son fundamentales para determinar el contenido del contrato, como ocurre en los contratos de seguro, en los que el asegurado contribuye a su formación nada menos que en asuntos como la determinación del riesgo asegurable, que es uno de los elementos esenciales del contrato.

Tampoco son tan frecuentes las discusiones sobre la invalidez del contrato por la ocurrencia de un vicio del consentimiento, en especial de un hipotético error: así, por ejemplo, suele ser claro el acuerdo sobre la clase de contrato[7] y, por ende, acerca de sus elementos esenciales, como el precio de la cosa y su identidad, en el caso de una compraventa, y respecto de las calidades esenciales del objeto sobre el cual versa el

[6] De acuerdo con el art. 1341 del Código Civil italiano, por ejemplo, las condiciones generales son eficaces frente al adherente si al momento de la celebración del contrato este "las ha conocido o ha debido conocerlas usando la diligencia ordinaria".

[7] C. C., art. 1510.

contrato[8], entre las cuales, en el contexto de la contratación masiva de innumerables bienes y servicios de consumo, los signos distintivos tienen un papel determinante, pues mediante ellos se "objetiva" la identidad del empresario productor de las cosas distinguidas, y que no es necesariamente el mismo contratante predisponente[9]. Y algo similar puede decirse en tratándose de vicios consistentes en fuerza o dolo que afecten el consentimiento del adherente.

En cambio, cuando se repara en los problemas que pueden surgir en torno a elementos sustanciales y accidentales del contrato, los conflictos propios de la adhesión y de la incorporación de las condiciones generales se aprecian con claridad. Tal es el caso de un contrato típico aceptado por el adherente sin que hubiera posibilidad de discusión al respecto, en el cual se preestipulan cláusulas en contra de elementos naturales de él con el propósito de favorecer a la parte predisponente, como ocurre si el vendedor ofrece una venta con un formulario que lo exonera de responsabilidad por vicios ocultos; o el de la preestipulación impuesta mediante la cual se introducen elementos accidentales con un efecto relevante en la «economía» o en la estructura jurídica del contrato, como son, por ejemplo, los que se refieren a la forma de pago, a garantías o las cláusulas compromisorias.

Así las cosas, aunque no se configure vicio alguno del consentimiento, o aunque no pueda hablarse de una lesión enorme en los casos en que esta procedería, la pregunta por la licitud de la inclusión de una estipulación accidental o de una en contra de los elementos naturales del contrato surge cuando estas no favorecen al contratante adherente por ser "exorbitantes", expresión tomada de la contratación estatal, que se consagra en la legislación de la actividad financiera[10] y que describe de forma adecuada la desproporción o exceso frente a un equilibrio razonable del respectivo contrato, razonabilidad cuya apreciación se comentará más adelante. O la discusión sobre dicha licitud surge cuando la cláusula es "sorpresiva", expresión usada en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales[11] para referirse a estipulaciones predispuestas que no son razonablemente previsibles.

En la generalidad de los Estados, por lo menos en aquellos que, como Colombia, forman parte de la Convención de Viena sobre compraventa

[8] C. C., art. 1511.

[9] C. C., art. 1512.

[10] E. O. S. F., art. 98.

[11] Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, art. 2.20(1)

internacional de mercaderías, se cuenta con reglas imperativas de protección a los consumidores, y de ahí la exclusión de la aplicación de dicha Convención a la compra de mercancías para uso personal, familiar o doméstico[12]. La tutela del consumidor interesa aquí, porque los criterios que la inspiran coinciden con la de la protección que, a propósito de la denominada "parte débil" en general, se expresa en los principios y reglas que procuran la existencia de un asentimiento que sea lo más libre posible; y por eso, en esta materia, y en función de la buena fe, de cuyo contenido obligatorio se derivan deberes de información, exigibles tanto desde un punto de vista precontractual como contractual[13], el predisponerte debe permitir en forma oportuna el acceso a la información que sea adecuada para que el adherente que la solicite pueda entender y aceptar las condiciones del contrato preestipulado y cuyo contenido se integre con la remisión a condiciones generales. Se trata de un asunto que aquí no se examina y en el que debe tenerse en cuenta que la asimetría de información no siempre se inclina en contra de la parte adherente, como lo confirma la ejecución de los contratos de seguro, en lo que tiene que ver con la ocurrencia y conservación del riesgo, cuestiones sobre las cuales no es la aseguradora la mejor informada, y de ahí la estricta buena fe legalmente exigida al tomador.

La existencia de normas legales expresas de protección al consumidor, como ocurre en Colombia con la ley 1480 de 2011, da pie para un interrogante acerca de si dichas disposiciones son comerciales o civiles; en otras palabras, si las normas sobre consumo corresponden: 1) a una " comercialización" —como diría RIPERT— de la vida de la contratación en general, cada vez más objeto de regulación mediante un derecho comercial en expansión, abstracción hecha de sus diversas subespecialidades, que busca armonizar los intereses de los empresarios

[12] Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, art. 2º, a.

[13] A propósito de la obligación de información, se ha dicho que "se predica de manera general frente a cualquier contratante, aun si no es consumidor, y que, incluso, se asume en la etapa precontractual. En virtud de su reconocimiento, el profesional debe hacer conocer al potencial contratante de manera clara y comprensible no solo las condiciones y calidades del bien o servicio que ofrece o se le demanda, sino los riesgos o precauciones que han de tenerse en cuenta en relación con ellos [...]. Y si ello es así en la etapa de formación del contrato, lo será con mayor razón durante su vida, en cuanto se presenten situaciones relevantes para el cliente que podrían afectarlo, ante las cuales deba reaccionar o tomar ciertas decisiones que eviten los efectos nocivos que se anticipan, o aminoren sus efectos o, en últimas, le permitan asumir conscientemente las consecuencias y los riesgos inherentes si ellos existen". SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios*. *Su significación en América Latina,* Bogotá, Legis, 2005, pág. 265.

y los consumidores que llevan a cabo actos de adquisición de bienes y servicios en un entorno mercantil para todos los efectos legales (C. de Co., art. 20-1); o 2) a una "civilización" —y la expresión adquiere una connotación que recuerda la función atribuida al derecho civil por Hedemann— de las relaciones contractuales comerciales, al subordinarlas a un orden que protege el equilibrio contractual en función de la consideración de los consumidores como personas naturales, sustrato real —en los términos de Ferrara— de su personalidad jurídica que corresponde a las "personas" a que apuntan los principios fundamentales de la Constitución Política consagrados en sus artículos 1º y 3º, personas naturales estas que siempre, en última instancia, se encuentran también en el trasfondo ("detrás del velo") de las personas jurídicas.

Además del marco general de protección al consumidor, que según el interrogante planteado parece corresponder más a un ordenamiento especial de estirpe civil, y de las normas también generales sobre competencia leal, que es una materia propia del derecho comercial, aplicables a todos los participantes en el mercado, comerciantes o no, existen reglas especiales, como la norma de la ley 142 de 1994, que a propósito de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos establece la nulidad relativa del contrato que se celebra sin darle copia de tales condiciones al usuario que la solicita[14], y que, además, les exige a las empresas de servicios públicos domiciliarios "informar con tanta amplitud como sea posible en el territorio donde prestan sus servicios, acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen". Esta disposición es la contrapartida, en favor del usuario, de la regla que establece que las estipulaciones "[...] han sido definidas por ella —la empresa— para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados", y que, en consecuencia, "Hacen parte del contrato; no solo sus disposiciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio"[15].

Así mismo, los administradores de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Financiera de Colombia tienen el deber legal de "[...] obrar no solo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y servicio a los intereses sociales"[16], que incluye la obligación de abstenerse de la conducta consistente en "no suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la

[14] Ley 142 de 1994, art. 131.

[15] *Id.,* art. 128.

[16] E. O. S. F., art. 72.

Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que estos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"[17]. Esta obligación general va más allá de las reglas de divulgación puramente formales, como las que establecen la simple legibilidad del texto de las pólizas de seguros y de sus amparos y exclusiones, cuando lo relevante es su inteligencia o "comprensión"[18], o las referentes a la exhibición pública de los reglamentos de los depósitos de ahorro de los establecimientos bancarios, que en la práctica se puede cumplir en cualquier recoveco de una sucursal y que, junto con la reproducción que se incluye en las libretas por exigencia legal, sirve de prueba de su aceptación de parte del depositante, y fue complementada mediante la ley 795 de 2003, al exigírseles a las instituciones financieras divulgar información adecuada para que los usuarios puedan comparar las condiciones financieras ofrecidas en el mercado[19]. Así se busca propiciar la llamada "disciplina de mercado", al darles acceso a los usuarios a elementos de juicio que hagan posible una elección informada acerca de los servicios prestados por instituciones cuya competencia debe ser propiciada por esa información.

En la ley 1328 de 2009, de reforma financiera, que para estos efectos es doblemente especial, pues se refiere a un determinado mercado, el de los servicios financieros, y a la protección de los usuarios y sus clientes, esto es, al consumidor financiero, se complementa la protección de la confianza en el sistema y de la seguridad de los ahorros de sus acreedores, que es el objeto primario de la supervisión administrativa que se ejerce sobre los intermediarios financieros. Dicha complementación se expresa en la prohibición de la preestipulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión[20]. En el artículo 11 de la mencionada ley se dispuso que se tendrían como cláusulas abusivas todas aquellas

[17] *Ibid.,* lit. j.

[18] *Ibid.,* art. 184, num. 2, lits. b y c.

[19] Ley 795 de 2003, art. 25, que adicionó el num. 5 del art. 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

[20] De acuerdo con lo establecido en el art. 2º, lit. f, de la ley 1328 de 2009, los contratos de adhesion son "los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o [*sic*] condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad".

que: 1) implicaran una limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros; 2) invirtieran la carga probatoria en perjuicio de estos; 3) incluyeran espacios en blanco, siempre y cuando no existiera una carta de instrucciones que autorizara, de manera detallada, su diligenciamiento; y 4) las demás que estableciera de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. Los contratos de adhesión deben publicarse en la página electrónica de las entidades vigiladas para garantizar el conocimiento de su contenido de parte de los consumidores financieros y en la norma se prevé una consecuencia para los eventos en los que se incluya este tipo de cláusulas: el parágrafo del artículo 11 dispone que se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero, ineficacia que, de conformidad con la regla general prevista en el artículo 897 del Código de Comercio, opera sin necesidad de declaración judicial.

Por último, hay que agregar que la contratación masiva, en la práctica, va precedida de sistemas de mercadeo y publicidad que, aunque no forman parte de una negociación perteneciente a una relación precontractual propiamente dicha, ni constituyen una propuesta de contrato, inciden en su celebración mediante las percepciones y expectativas que fundada o infundadamente se producen en los eventuales adquirentes de bienes y servicios a quienes se busca seducir con la propaganda. Tales sistemas, además de ser puestos en la perspectiva propia de la responsabilidad civil extracontractual y en la de la protección de los consumidores, también deben ser examinados desde el punto de vista de las normas sobre lealtad entre competidores y de las buenas costumbres comerciales. Y en términos de una eventual responsabilidad precontractual o contractual, se debe tener en cuenta la forma en que tanto el predisponente como el adherente distinguen lo puramente publicitario y promocional de lo debido y exigible con fundamento en el contrato predispuesto: el predisponente, en cumplimiento de la lealtad y corrección propia de la buena fe, y el adherente, en desarrollo de la diligencia exenta de culpa que exige el mundo de los contratos de contenido exclusivamente patrimonial.

B) *Contrato y contratación masiva*

Los problemas que surgen a propósito de conflictos entre adherente y predisponente ponen en juego principios y reglas que en su mayoría remiten a normas legales que tienen como punto de referencia un contrato que ha sido concebido como el resultado final de una libre discusión entre individuos situados en posiciones jurídicas formalmente

equivalentes, propias de una relación de coordinación —"horizontal", en términos gráficos—, y en el que no se considera si su celebración se lleva a cabo en forma aislada, como se da por sentado, o en un contexto masivo.

Las materias reguladas en el Código de Comercio respecto de la legislación civil común[21], que no depende de una definición de su ámbito en consideración a la "empresa" o a los "actos en masa"; además, en los términos de dicho código, no todos los empresarios son comerciantes, ni todos los actos, las operaciones y empresas de contenido patrimonial son ni comerciales ni actos de consumo[22].

En segundo lugar, hay que subrayar que la regulación de los contratos prevista en los códigos Civil y de Comercio vigentes en Colombia, de forma acorde con los sistemas decimonónicos en que se fundaron los textos correspondientes, contiene principios y reglas aplicables a la protección de la igualdad y la libertad de los contratantes, la preservación del equilibrio de la estructura formal del contrato, en especial del bilateral[23], y de una mínima equivalencia material de su contenido[24]. Se procura, además, por medio de disposiciones imperativas sobre incapacidad[25], vicios del consentimiento[26] y lesión enorme, mantener dicha igualdad[27]. Pero dichas medidas de protección, cuya importancia no puede ponerse en duda y que no se limitan a consagrar el equilibrio inicial, esto es, el del momento de la celebración del contrato, sino que se prolongan al tiempo de su ejecución (como ocurre en los casos en que proceden la revisión y ajuste por imprevisión[28], o en ciertas desmejoras de las garantías o en algunos infortunios de la contraparte que afectan su capacidad de pago[29]), no han sido diseñadas en función de la contratación masiva.

En tercer lugar, se debe notar que en el Código de Comercio existen disposiciones aisladas a propósito de los contratos de suministro,

[21] C. de Co., art. 822.

[22] C. de Co., art. 20, num. 12; ley 256 de 1996, art. 2º.

[23] C. C., art. 1496.

[24] C. C., art. 1498, y C. de Co., art. 920.

[25] C. C., arts. 1503 y 1745.

[26] C. C., arts. 1508 a 1516.

[27] C. C., arts. 1946 a 1954.

[28] C. de Co., art. 868.

[29] C. de Co., arts. 926, 1169, 1553.

seguros y transporte que suponen hechos propios de la contratación masiva, como es el caso de la simple adhesión, los billetes o boletos y las condiciones generales, reglas que prohíben o limitan ciertas cláusulas y que prevén reglamentaciones y controles estatales respecto de tales contratos[30]. No obstante, esas normas no son suficientes para construir a partir de ellas un sistema general aplicable a la adhesión y a las condiciones generales.

Así las cosas, las diferencias de fondo entre el modo de ser de la contratación aislada y el propio de la contratación masiva ocasionan que el equilibrio mínimo entre los contratantes, en esta última hipótesis, no se asegure con la simple extensión mecánica de reglas fundadas en otra forma de contratar. Lo pone de relieve, por ejemplo, el hecho de que mientras que en los contratos celebrados de manera aislada o caso a caso, su regulación legal eminentemente dispositiva permite de manera general y amplia la previsión convencional de los efectos del incumplimiento y la determinación del alcance de la responsabilidad de las partes[31], en las regulaciones aplicables a las condiciones generales propias de la contratación masiva, en cambio, constituye un lugar común la limitación o prohibición de la previsión de renuncias a derechos de la parte adherente, lo mismo que de la exoneración o limitación de la responsabilidad del empresario predisponente, pues es apenas elemental suponer que esa clase de cláusulas resultan de su imposición y no de la libre y razonada aceptación de parte de los adherentes.

El trasfondo decimonónico demoliberal y racionalista de la noción moderna del contrato y de la ley, sustentada en una consideración política, a saber, el origen democrático del poder legislativo ejercido por un cuerpo colegiado integrado por los representantes del pueblo, inspiró una interpretación extrema del principio de la normativa de los contratos concebidos como fruto de la libre voluntad de los contratantes ("el contrato es ley para las partes"), al igual que una concepción restringida, casi mecánica, del alcance de la función judicial frente al

[30] C. de Co., arts. 978 y 1047, sobre condiciones generales; 981, 983 y 992, perfeccionamiento por simple adhesión, ineficacia de cláusulas exonerativas y restricción a las cláusulas limitativas de responsabilidad en el transporte terrestre en general; 1001, sujeción a reglamentos oficiales del contenido y la transferencia del boleto en el transporte terrestre de personas; 1875, contenido del reglamento del gobierno, su exhibición e inclusión de las cláusulas del contrato en el boleto de pasaje y en los documentos de transporte aéreo de personas.

[31] C. C., art. 1604.

imperio de ley escrita y a lo pactado en los contratos[32], con la cual se pretendía preservar el alcance "literal" de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, tal cual habían sido definidos, o en general por los legisladores que los representaban, o en particular por ellos mismos por medio de sus contratos. Sin embargo, no es esa la concepción del contrato con que hoy se interpretan y se aplican normas centrales y más que centenarias de la legislación privada vigente; y en la actualidad ni se discute la función dinámica que llevan a cabo los jueces civiles, sujetos en todo caso al imperio de la ley al decir el derecho aplicable (*iuris-dictio*), al fundarse en los principios de derecho que resultan relevantes para abordar los problemas relacionados con la estandarización contractual.

Así, desde 1887, en los términos del artículo 8º de la ley 153 de ese año, "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho"; y en forma armónica con lo que dispone el artículo 1603 del Código Civil de 1887, de acuerdo con el artículo 871 del Código de Comercio

[32] Un ejemplo célebre sobre el particular es el de la sentencia de la Cámara de Casación Civil de Aix, de 6 de marzo de 1876, referente a una sentencia de la Corte de Apelación de Aix sobre un contrato de riego celebrado en 1567, respecto al cual tres siglos después el propietario del canal de Craponne reclamó a los usuarios del municipio de Pelissanne un canon suplementario por el riego de sus tierras. A diferencia de lo dispuesto en las dos primeras instancias, la Cámara casó la sentencia de apelación y negó el aumento del precio. Al fallar, la Cámara invocó la regla del Código Civil de los franceses —el art. 1134—, que consagra el principio de la normativa de los contratos en los términos que sirven de base para el art. 1602 de nuestro Código Civil, precisando que lo dispuesto en él es aplicable al caso, no obstante ser el Código posterior al contrato en litigio, por tratarse de una regla "[...] general, absoluta, y que rige los contratos cuya ejecución se extiende a épocas sucesivas lo mismo que a los de cualquier otra naturaleza; que en ningún caso, pertenece a los tribunales, por muy equitativo que pueda parecerles su resolución, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y substituir con cláusulas nuevas aquellas que han sido aceptadas libremente por los contratantes". Transcrita por HENRI, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil,* Parte Primera, vol. I, trad. de L. Alcalá-Z., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 423, que a renglón seguido transcriben, para su comparación, la sentencia del Consejo de Estado francés de 1916, que reconoció la teoría de la imprevisión al aceptar, ante el alza de los precios del carbón como consecuencia de la guerra, el reajuste de la economía del contrato de suministro de gas a la ciudad de Burdeos, de manera que se restableciera la economía del contrato y se asegurara la continuidad del servicio. Sobre dicha comparación, véase JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, "Comentarios a la jurisprudencia nacional sobre contratos por adhesión", en *Revista de Derecho Civil,* vol. I, enero de 1985, pág. 77.

de 1971, los contratos no consisten tan solo en lo pactado, pues "[...] deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural"; buena fe que legalmente también se exige en el período precontractual, en los términos del artículo 863 del Código de Comercio[33]. Buena fe de contenido obligatorio a la cual se suma la prohibición tajante del abuso del derecho, consagrada en el artículo 830 del Código de Comercio, según el cual, "el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause", y que es aplicable en materia contractual y no solo en el campo extracontractual.

En esos mismos principios de concreción de la buena fe y de prohibición general del abuso se encuentra la base y el sentido de las disposiciones legales especiales que se han expedido en Colombia en cuanto a sectores específicos de la actividad económica, como el de la actividad financiera y el de los servicios públicos domiciliarios, que de manera expresa ya tienen en consideración características propias de la estandarización contractual propia de la contratación masiva, y a cuyas disposiciones se hará referencia más adelante. Con esas disposiciones legales imperativas se establece esa "reglamentación de la libertad contractual" a la que se refería Ripert recién terminada la segunda guerra mundial, que según él tenía por objeto realizar en la vida social la "vieja idea de la justicia contractual" mediante una lucha contra la libertad "en nombre de la libertad misma", y que se llevaba a cabo al regular el legislador los contratos de adhesión[34].

[33] Véase C. de Co., art. 863.

[34] En su célebre análisis de los aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Ripert advertía que "el liberalismo se afirmaba a través de [*sic*] la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo, porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice, igualdad de fuerzas y libertad de discusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte. Si los empresarios capitalistas imponen sus condiciones a su clientela y a su personal, falsean la noción de contrato, tal como el Código Civil nos la presenta. [...] Algunos juristas, estableciendo una distinción entre los contratos, han denominado contratos de adhesión aquellos en los cuales se acusa de una manera permanente la debilidad de uno de los contratantes como tal. Esta comprobación de la debilidad del consentimiento no podía producir ningún resultado, puesto que el Código Civil no la considera como uno de los vicios de la voluntad capaz de producir la nulidad de un contrato. Solamente la vieja idea de la justicia contractual permite condenar un convenio en razón de la desigualdad de las prestaciones recíprocas. En el derecho positivo

C) *Estandarización no contractual*

Para algunos, la contratación contemporánea, caracterizada por la estandarización, rompe con el concepto normativo, de origen liberal, de la autonomía privada[35], entendida como la posibilidad de los sujetos de derecho de autodeterminación libre de sus relaciones, y cuya expresión por excelencia es el contrato. Una concepción de ese estilo exige que en la práctica se establezca una regulación legal que prevea el carácter obligatorio no contractual de las relaciones entre el acreedor y el deudor respectivos; o, al menos, una lectura e interpretación en tal sentido de las normas cuyo texto y contexto se han inspirado en dicha autonomía. Ello no ocurre en Colombia, sin perjuicio de una cuestión distinta, a saber, la celebración de contratos en cumplimiento de obligaciones legales, como los seguros obligatorios. Y se debe poner de relieve que cualquiera que sea la perspectiva que se acoja al respecto, en sociedades como la colombiana, como consecuencia de la existencia de amplios sectores "informales" de la actividad económica, no solo rural, sino de las zonas urbanas marginadas, en todo caso habría que abordar los problemas que surgen en tales sectores con ocasión de contratos, estandarizados o no, que ponen en contacto adherentes informales con predisponentes formalmente organizados, como es el caso de los establecimientos de crédito, las empresas de servicios públicos domiciliarios o las instituciones prestadoras de servicios de salud.

Aquí se considera que el hecho de que la contratación masiva contemporánea sea tan diferente de la decimonónica, no significa

---

francés actual, esta idea no puede tener aplicación, ya que el Código rechaza el examen de la lesión entre los mayores de edad. Los tribunales no han podido, pues, deducir nada de la idea de contrato de adhesión. Únicamente el legislador podía intervenir [...]. Ha intervenido para sustituir las reglas facultativas dictadas por el Código (con) reglas imperativas y para imponer la nulidad de las cláusulas contrarias a las prescripciones legales. De esta manera, ha dado un carácter nuevo a ciertos contratos [...]. Ha pasado el tiempo del dejar hacer (*laissez-faire*). La ley precisa por sí misma la extensión de las relaciones contractuales". Véase GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* trad. de J. Quero, Granada, Comares, 2001, num. 15, págs. 30-32.

[35] Para el concepto normativo de autonomía privada, véase LUIGI FERRI, *La autonomía privada,* trad. de L. Sancho, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969; para su relación con el liberalismo político, véase HAROLD LASKI, *El liberalismo europeo,* trad. de V. Míguelez, 14ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2003, págs. 50-57 y 108-138; para su relación con la autonomía pública, véase JÜRGEN HABERMAS, *Facticidad y validez sobre el derecho y El estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* trad. de M. Jiménez, Madrid, Trotta, 1998, págs. 148 y ss.

necesariamente que en la actualidad el contrato como tal haya desaparecido ni que con él se haya diluido la autonomía privada. La sustitución del contrato como fuente de obligación legalmente exigible[36], mediante las llamadas "relaciones obligatorias de hecho", tiene su origen y sentido en concepciones del derecho afines a contextos ideológicos totalitarios[37] que subyacen en las concepciones que buscan prescindir de la autonomía, tanto en la actividad económica privada como en otras facetas de la vida personal que ni siquiera son susceptibles de "contractualizarse". Tanto las restricciones constitucionales al poder del Estado, como el deber, también constitucional, que este tiene de prevenir y reprimir los abusos del poder privado, impiden que la autonomía privada sea reemplazada o por la planificación pública estatal o por la planificación privada empresarial[38], bien sea en el plano patrimonial propio de los contratos o en otras dimensiones de la vida humana susceptibles de tener efectos jurídicos.

Incluso en la llamada *lex mercatoria*, que renueva el interés acerca de los modos de creación extraestatal de derecho[39] y en la cual la importancia del contrato pone en evidencia la insuficiencia de los derechos estatales locales, no se incurre en el extremo de sobredimensionar la jerarquía normativa de los contratos internacionales ni de las costumbres y prácticas que los nutren: por el contrario, y a pesar de la paradoja que representa el hecho de que muchos de tales contratos y costumbres sean creados por empresarios transnacionales "fuertes", frente a los cuales muchos Estados son sumamente "débiles", esa *lex mercatoria* deja a salvo la supremacía de las normas legales de orden

[36] Para una crítica a la relación entre el contrato y las fuentes de derecho, y con referencia a Savigny, véase Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad,* trad. de J. Torres, México, D. F., Herder-Universidad Iberoamericana, 2005, págs. 156 y ss.

[37] "La doctrina de la autonomía privada resultaba sospechosa tanto para los socialistas de Weimar como para los de la época hitleriana. Según su teoría, los negocios jurídicos de los ciudadanos tenían libre el espacio que les cediera revocablemente el Estado previsor. La interminable economía de posguerra, como la nueva economía de guerra, sirvieron de justificación jurídico-política para una economía de administración estatal y para la consecuente desvalorización de la teoría del negocio jurídico". Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórica dogmática,* trad. de G. Hernández, Barcelona, Ariel 1987, pág. 74.

[38] Cfr. Tullio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales,* trad. de E. Verdera y L. Suárez-Llanos, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, pág. 87.

[39] Cfr. Francesco Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2005, págs. 93-114.

público privado de carácter local[40], pues en contra de ellas no se puede obtener, cuando dicha *lex mercatoria* debe aplicarse de forma coactiva, el indispensable respaldo del Estado de la jurisdicción competente.

Por eso, y en atención a los Principios Unidroit sobre los Contratos Mercantiles Internacionales de 1984, GALGANO y MARRELLA han subrayado cómo ese "derecho unilateralmente creado por la clase empresarial" es "filtrado" por medio de los principios generales de derecho "en la búsqueda del justo punto de equilibrio entre los intereses opuestos en juego, entre la razón de la empresa y las exigencias de protección del contratante débil"[41]. Para lo que aquí interesa, las previsiones de los Principios de Unidroit acerca de la ineficacia de las cláusulas estándar "sorpresivas", esto es, de las no razonablemente previsibles, a menos que se acepten expresamente[42], es una expresión bien lograda del equilibrio en los contratos entre "fuertes" y "débiles".

Hay que agregar que en ese plano de la contratación internacional, la relevancia del contrato y el reconocimiento de su fundamento en la autonomía privada se confirman en instrumentos tales como los mencionados Principios Unidroit y las normas de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, para mencionar dos tipos de fuentes de derecho de los negocios internacionales, el uno "débil" en cuanto a su *coercibilidad* jurídica, y el otro, el más "fuerte" posible desde ese punto de vista. Ambos instrumentos forman parte de nuestro ordenamiento comercial vigente[43]: los Principios, porque pueden ser invocados en Colombia como principios generales

[40] Véase CARLOS HOLGUÍN HOLGUÍN, "El concepto de orden público en la convención de Nueva York y otros comentarios", en *Carlos Holguín Holguín*. *Escritos* (*1912-1988*), Tomás Holguín y Paula Torres (comps.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, págs. 166-181.

[41] FRANCESCO GALGANO y FABRICIO MARRELLA, *Diritto del comercio internazionale,* 2ª ed., Padua, Cedam, 2007, pág.14, confirman el aserto al hacer referencia a las figuras de la *gross isparity* y de la *hardship,* al decir que con ellas, bajo la enseña del principio de la buena fe, se obtiene la congruencia entre el intercambio contractual y la equidad del contrato, hacia la cual tienden los derechos nacionales en forma aún incierta y fragmentaria, inspirada también en los principios de la buena fe contractual.

[42] Principios Unidroit ya citados, art. 2.20(1).

[43] Acerca de las nociones de *hard* y *soft law,* véase JORGE OVIEDO ALBÁN, "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria", en *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales* (Alfonso L. Calvo C. y Jorge Oviedo A., comps.), Bogotá, Ibáñez, 2006, págs. 33-34.

de derecho, o mediante el artículo 7º del Código de Comercio[44], o de manera indirecta por medio de la remisión de la Convención de Viena a "los principios generales en que se basa" para dirimir cuestiones que hayan sido expresamente previstas en ella[45]; y dicha Convención, porque ha sido incorporada en nuestro derecho —y de ahí su "fortaleza" normativa— mediante la ley 518 de 1999. La Corte Constitucional, al declarar la *exequibilidad* de dicha ley y de la Convención de Viena, tuvo en cuenta, entre otras consideraciones, que "la Convención no desconoce la autonomía de la voluntad privada, en la medida en que ella no obstaculiza el derecho a la libertad que estas tienen para contratar"; y que "el ejercicio de la actividad mercantil que desarrollan los particulares con otros ciudadanos de Estados diferentes debe hacerse bajo los principios de la buena fe, tal y como lo exige la Convención"[46].

Se ha sostenido también que la libertad de iniciativa económica privada ya no se expresa en el contrato, sino en técnicas de intercambio que prescinden del acuerdo[47]; y las imágenes que se asocian con esas apreciaciones son muy sugestivas: centros comerciales abarrotados de mercancías y consumidores, dispensadoras automáticas de cosas y dinero, negociaciones locales e internacionales electrónicas y mediante internet, en fin, numerosos mecanismos impersonales y veloces que nada tienen que ver con la parsimonia de los contratos solemnizados ante un notario público.

Frente a ello se ha advertido que, sin perjuicio de distinguir entre las respectivas decisiones y los actos individuales resultantes de quien expone una mercancía y de quien la escoge en un mercado como el organizado en un almacén de gran superficie, aquellas y estos no consisten solo en exponerla y en preferirla, sino en vender y en comprar el mismo

[44] C. de Co., art. 7º: "Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes".

[45] Convención de Viena, art. 7.2.

[46] Corte Const., sent. C-529 de 2000.

[47] Natalino Irti, "Intercambios sin acuerdo", en *Estudios sobre el contrato en general*, por los sesenta años del Código Civil italiano (L. León, selección y trad. y V. Roppo, presentación), 2ª ed., Lima, Ara Editores, 2004, págs. 287-309, 335-344, 347-352. Irti subraya la ausencia de diálogo que caracteriza la contratación estandarizada y automatizada, propia de un "capitalismo despersonalizante", en el cual el ordenamiento jurídico del respectivo mercado preserva una libertad de elección consistente en "[...] una preferencia consciente entre cosas brindadas por una pluralidad de productores".

objeto por un precio dado y en las condiciones propias del respectivo mercado, por lo cual existe un acuerdo, que es un acto resultante del encuentro de decisiones y conductas subjetivas. Además, se ha señalado que a pesar de que no cuenten con espacios de negociación previa, los contratantes son libres para llevar a cabo dicho acuerdo y con él realizar sus intereses, sin perjuicio de las limitaciones que se derivan de las técnicas de intercambio, y que hacen más complejo, aunque sin anularlo, el desenvolvimiento de la autonomía privada[48].

Dicha reafirmación de la autonomía privada ha sido expuesta de cara al ordenamiento italiano vigente, cuya definición legal de contrato (C. C., arts. 1321 y 1942) es la base textual de la definición del artículo 864 del Código de Comercio colombiano; y se ha concluido que los contratos en bien quedan cobijados por la mencionada definición[49].

Se puede concluir entonces que el acuerdo entre sujetos libres y capaces puede subsistir en medio de la automaticidad de la contratación en masa; y dicho acuerdo se enmarca en un contexto legal general, como el de un estatuto del consumidor, o en el específico de un determinado mercado, como, por ejemplo, el de los servicios públicos domiciliarios o el de los servicios financieros. En virtud de la autonomía privada se les reconoce o atribuye —discusión ajena a este asunto— a los particulares un poder de autorregulación que da origen al contrato, norma relativa o particular que se subordina a los principios y a las normas imperativas generales aplicables. A esa subordinación y a ese efecto normativo se refiere la "incorporación" descrita en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, al señalar que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"; y esa "incorporación" legal preserva la jerarquía superior de las normas imperativas respecto de las condiciones generales a que remite o que se incorporan en un contrato. Así, dicho contrato es celebrado entre el predisponente, quien concurre al mercado organizado de forma eficiente por los oferentes de bienes y servicios que compiten entre sí, y el adherente, a quien se quiere asegurar que pueda escoger entre las ofertas de diversos proponentes,

[48] GIORGIO OPPO, "¿Deshumanización del contrato?", en *Estudios*..., *op. cit.,* págs. 315-329, en el cual discute la tesis de IRTI.

[49] Así, se concluye que "los contratos estándar presentan una disparidad sustancial en cuanto a las posiciones contractuales, pero el problema de la protección del adherente no debe resolverse sustrayendo esta operación de la normatividad del contrato, para confiarla a las leyes del mercado, sino más bien afirmando el principio de la *protección sustancial* del adherente" (bastardilla nuestra); MÁXIMO BIANCA, "¿Son no contractuales los contratos en masa?", en *Estudios*..., *op. cit.,* págs. 357-370, en el cual discute la tesis de IRTI.

de modo que así como aquel debe ser libre de proponer, este debe ser libre para llevar a cabo dicha elección, si es que decide contratar.

D) *Constitución económica y libertad contractual*

Desde el punto de vista de la denominada "Constitución económica"[50], puede discutirse si la autonomía que se expresa en los contratos encuentra su fundamento en la libertad de iniciativa económica privada[51], o en el derecho al desarrollo de la libre personalidad[52] o, incluso, si ambos pueden conjugarse para tal efecto. En esta perspectiva, para poner de relieve y sopesar los valores e interés en juego en la contratación estandarizada y masiva, es posible apoyarse en la libertad de iniciativa económica privada desde el punto de vista de los intereses legítimos del empresario predisponente, por una parte[53]; y, por la otra, en el derecho al desarrollo de la libre personalidad, desde el punto de vista de los intereses legítimos del adherente, consumidor o no. Esas dos perspectivas se concretan en el plano legal, respectivamente, en el derecho del predisponente a la libre competencia y a la organización eficiente de la empresa y en el derecho del adherente a una conducta de buena fe con ocasión de una contratación equitativa. Y cuando tales derechos entran en conflicto se presentan los problemas que aquí consideramos.

La jurisprudencia local, al declarar la existencia de "deberes secundarios" o "accesorios" de comportamiento derivados del deber de lealtad o corrección que considera propio de la buena fe contractual[54], o al declarar que el abuso del derecho es fuente de responsabilidad contractual y no solo extracontractual, establece el alcance legal de la

[50] Luigi Mengoni la ha definido como la "determinación jurídica de un orden de la economía conforme a ciertos principios directivos fijados en la Constitución", según cita de Natalino Irti, en *L'ordine giuridico del mercato,* 3ª ed., Roma, Laterza, 1998, pág. 83.

[51] Const. Pol., art. 333.

[52] Corte Const., sent. SU-167 de 1999.

[53] Así lo hemos sostenido en "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (derecho privado colombiano)", en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas,* Madrid, Fundación BBVA-Civitas, págs. 213-215.

[54] Invocados en la jurisprudencia arbitral colombiana en un caso de responsabilidad contractual societaria, al analizar el cumplimiento defectuoso o "imperfecto" de una obligación contractual. Tribunal de Arbitramento, J. Gilinski y otros vs. Bancolombia y otros, 16 mayo 2006, Bogotá, Legis-News.

autonomía privada, tanto en la contratación aislada como en la masiva y estandarizada. Y dichas obligaciones y limitaciones, más que con un tratamiento no contractual del intercambio, siguen siendo compatibles con la consideración del adherente como un contratante digno de tutela sustantiva, como corresponde al respeto que merecen las personas que satisfacen sus legítimos intereses al acudir a los diversos mercados, y quienes, al actuar como sujetos titulares de derechos subjetivos, pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones que jurídicamente se derivan de ese respeto inherente al ser humano, portador último de la máscara de la personalidad legal[55], y que es incompatible con la instrumentalización de este.

Desde un punto de vista constitucional, la incidencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, no solo en las de tipo contractual, y la relación de dichos derechos con el principio de la autonomía privada y la libertad de contratación, es objeto de un complejo debate doctrinal que tuvo origen en Alemania[56]. En nuestro medio ya se ha planteado la cuestión referente a la aplicación directa de principios constitucionales en el ámbito de la contratación privada, en atención a la necesidad de preservar la igualdad o, mejor, la equidad contractual. Así, con referencia al derecho de los alemanes, la doctrina ha examinado el asunto en el contexto de la acción de tutela contra particulares, para señalar que la argumentación de la Corte Constitucional referente a la desigualdad entre los contratantes en los contratos de prestación de servicios médicos podría aplicarse en otros contratos, con la consecuente ampliación del alcance de la tutela a todo tipo de relaciones contractuales[57].

[55] Sobre la discusión acerca de la noción de derecho subjetivo y, para lo que aquí se ha expuesto, su relación con el respeto a la persona, véase JEAN DABIN, *El derecho subjetivo,* trad. de F. Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 9-68.

[56] Se ha planteado de la siguiente manera: "Se trata de determinar si los derechos fundamentales (los así definidos en la Constitución) vinculan no solo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas en sus relaciones con los demás individuos (efectos frente a terceros o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales), en virtud de la configuración de la Constitución como norma suprema material del ordenamiento. La cuestión se sitúa, así, dentro de una reflexión general en torno a la influencia de esa nueva Constitución sobre el derecho privado". MARÍA VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y derecho privado,* Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 17.

[57] "Siempre que resulten amenazados o vulnerados derechos fundamentales y que exista una notoria desigualdad entre las partes contratantes de tal manera que una de ellas imponga, parafraseando a la Corte, la ley del contrato a la otra. De este modo se

Para lo que aquí interesa, no toda adhesión contractual implica el tipo de desigualdad material que se pretende remediar mediante una acción de tutela, máxime si la posición que asume el adherente es la de acreedor y si el contenido exclusivamente patrimonial del correspondiente derecho contractual no tiene conexidad con algún derecho fundamental. En esos casos, y antes de recurrir a la aplicación directa de principios constitucionales, se debe establecer la forma en que se pueden plantear y resolver con fundamento en la legislación privada vigente general, esto es, civil y comercial, y con las disposiciones especiales que existen al respecto.

3. La protección legal de la libertad y la igualdad contractual en la contratación masiva

Aunque en la codificación civil y en la comercial vigentes, según se señaló, no existe un sistema de normas generales que se refieran de forma directa a las cuestiones propias de la contratación masiva y de la estandarización contractual, sino únicamente algunas disposiciones puntuales y aisladas, en ellas sí se han consagrado dos principios adecuados para abordar los conflictos que suscitan, a saber: el del contenido obligatorio de la buena fe y el de la prohibición del abuso del derecho, en los términos, respectivamente, de los ya citados artículos 871 y 830 del Código de Comercio. La remisión a los principios como pautas de la actividad judicial, cuyo contenido es diferente del de las reglas[58], ha sido admitida por la Corte Constitucional al subrayar que los principios "[...] o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"[59].

---

ampliaría el alcance de la tutela a todo tipo de relaciones contractuales". Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 285.

[58] La distinción en las normas jurídicas entre reglas y principios en la actualidad es objeto de renovada atención en nuestro medio en el contexto del derecho constitucional, e implica que la argumentación y fundamentación de los fallos con fundamento en principios sea una cuestión de "ponderación" y no de subsunción, la cual da lugar a discusiones acerca de su racionalidad y legitimidad. Cfr. Robert Alexy, "La fórmula del peso" (2003), trad. de C. Bernal, en la Addenda a la *Teoría de la argumentación jurídica,* trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 349 y ss.

[59] Corte Const., sent. C-1292 de 2001, M. P. Marco G. Monroy C.

Así, la apreciación de la conducta de un empresario predisponente de parte del juez incluye juicios de valor que remiten a las "buenas costumbres", como quiera que en las prácticas usuales en la actividad empresarial se reflejan estándares mínimos y expectativas sociales derivadas de las pautas de convivencia que respaldan las leyes. Al fin y al cabo, en las palabras "moral" y "costumbre" hay un fondo etimológico común que remite a las prácticas aceptadas y exigidas por la sociedad, y que son las que se busca cobijar con expresiones legales tales como "[...] las sanas costumbres mercantiles, el principio de la buena fe comercial [...] los usos honestos en materia industrial o comercial", útiles no solo para regular a los competidores entre sí, que es el contexto en que aparecen en el artículo 7º de la ley 256 de 1995. En ese sentido, se deben recordar los criterios sobre responsabilidad civil profesional señalados por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales, el ejercicio de las profesiones "no implica solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionado a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional".

Es inevitable que el alcance normativo de principios y reglas que remiten a conceptos abiertos tales como el de la equidad sea definido por el juez en el caso concreto. Esa deliberada y necesaria apertura valorativa asegura el dinamismo de la función judicial; pero supone una prudente "iuris dictio" que no sustituya ni al legislador ni a los propios contratantes, en forma contraria a una razonable previsión de las consecuencias jurídicas de una manifestación de voluntad contractual y entraña también el riesgo de una subestimación de los textos legales que los deje sometidos al arbitrio de la pluma de los jueces.

Con dicho telón de fondo general, en estos asuntos se encuentran normas legales generales de protección al consumidor, las cuales no serán examinadas aquí, y normas legales especiales que establecen reglas imperativas y prevén la intervención administrativa en ciertos contratos, mediante autoridades como comisiones de regulación o superintendencias, en ámbitos específicos de la actividad empresarial de evidente interés general. Tal es el caso de los servicios públicos domiciliarios, a propósito de la regulación de las llamadas "condiciones uniformes", y de la actividad financiera, en cuanto a la obligación de información a usuarios y clientes y a la prohibición del uso de cláusulas "exorbitantes", expresión que se ha tomado en préstamo de la contratación administrativa y que describe de forma adecuada tanto

el desequilibrio subjetivo de los contratantes como la desproporción objetiva de las prestaciones que dan lugar a los conflictos relevantes en esta materia.

A) *Nulidad o ineficacia por violación de normas imperativas*

La consagración de la ilicitud de ciertas estipulaciones predispuestas o de ciertas condiciones generales, seguidas de la sanción de su nulidad o de su ineficacia, es el expediente legal típico para prevenir los excesos de los predisponentes y reaccionar contra ellos; y tales sanciones legales se aplican sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas, como las sanciones de carácter administrativo que puede imponer una autoridad oficial de control legalmente facultada para tal efecto.

La ilicitud en cuestión puede derivarse de reglas legales imperativas concebidas sin considerar de forma específica la adhesión o sin hacer referencia a condiciones generales aplicables a esos supuestos; un ejemplo es el de la conocida y añeja prohibición de la estipulación que pretenda la exoneración del dolo futuro[60], que también cobija la culpa grave como consecuencia de la equiparación normativa entre esas dos conductas. Pero también puede corresponder a normas específicamente concebidas para la contratación masiva o, al menos, estandarizada. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de febrero de 2001, con fundamento en la sanción expresa que en tal sentido está prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero[61], y ante la violación de disposiciones imperativas del Código de Comercio[62], a partir de las cuales dedujo su carácter abusivo, consideró ineficaz la cláusula preestipulada en un contrato de seguro que pretendía restringir la forma de probar la ocurrencia del siniestro asegurado[63].

[60] C. C., art. 1522.

[61] E. O. S. F., art. 184-3, en concordancia con los arts. 98-4 y 100-3.

[62] C. de Co., arts. 1077 y 1080. Sobre la imperatividad de dichas normas, la Corte precisó que la primera lo era "por su naturaleza", y la segunda por disposición expresa del art. 1162 del mismo código.

[63] "[...] tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de [*sic*] la adhesión a condiciones generales de contratación, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual, legislaciones en las cuales, de ordinario, se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas—primordialmente: a) que su negociación no

Conviene recordar que, de conformidad con lo dispuesto de manera general en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, será nulo absolutamente el negocio jurídico "cuando contraríe una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa", como puede ser, precisamente, la ineficacia, consagrada en el artículo 897 de ese mismo estatuto en los siguientes términos: "Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial"[64]. Así pues, la norma prevista en el artículo 830 del Código de Comercio, además de establecer la responsabilidad civil contractual o extracontractual de quien causa un daño al abusar de sus derechos, en primer lugar y ante todo consagra una prohibición tajante mediante una norma imperativa, de manera que de ello, de conformidad con el numeral 1 del artículo 899 ya citado, en general se sigue la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas, determinación que corresponde al juez y que puede hacerse

---

haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraten las partes. [...] De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropiamente un esquema válido de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que «el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio», en cualquier caso, «no puede discutirse que existe voluntad contractual», o que ese acto no revista «el carácter de contrato», sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe. [...] Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas—que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro [*sic*] de las condiciones generales del contrato (C. de Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones —de naturaleza volitiva, y por tanto negocial— a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual. [...] De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva —y de indiscutida inclusión en las llamadas «listas negras», contentivas de las estipulaciones que, *in radice,* se estiman vejatorias—, aquella cláusula que «favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente», entre las cuales se encuentra «*La limitación indebida de los medios de prueba* o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable»". Sent. citada, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

[64] Sobre la ineficacia, puede consultarse a ÉDGAR RAMÍREZ BAQUERO, *La ineficacia en el negocio jurídico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

con fundamento en consideraciones como las expuestas por la Corte en la sentencia de 2001, ya mencionada.

En cuanto al control del contenido y alcance de las cláusulas aplicadas por los empresarios y que forman parte de las condiciones uniformes impuestas en los contratos de servicios públicos domiciliarios, en la ley 142 de 1994 se apela a las llamadas "listas negras", sistema usual en el derecho comparado, consistente en una enumeración legal no taxativa de cláusulas inaceptables, acompañada de una cláusula general que fija el criterio de aceptación o de rechazo de ellas. Así, en la regulación de las condiciones uniformes de los contratos, en términos del artículo 133 de la ley de intervención económica 142 de 1994, se presume abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos si se incluyen cláusulas de las previstas en sus primeros veinticinco numerales o "[...] cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo". La sanción legal correspondiente es la anulación, en los términos del inciso 3º del numeral citado; y se pueden identificar algunos criterios generales que caracterizan los casos de presunción de abuso incluidos en el artículo 133 de la ley 142 de 1994.

En primer lugar, hay supuestos protectores del consentimiento y de la libertad del usuario, de acuerdo con las circunstancias propias de la contratación masiva[65]. En lo que tiene que ver con las situaciones contrarias al equilibrio mínimo que debe imperar en el contrato, en la ley se pueden identificar supuestos que permiten presumir un desequilibrio estructural o formal, opuesto a la interdependencia que existe entre las obligaciones que surgen de los contratos bilaterales[66]. Algunas

[65] Véanse arts. 133-14 y 133-2, en los cuales se pone en entredicho cualquier presunta manifestación de voluntad de los usuarios, y los arts. 133-4 y 133-5, en los que se considera abusiva la imposición de contratos con terceros o la limitación de la libre contratación con estos.

[66] Como ocurre en el caso de las que se refieren a las limitaciones que excluyen o limitan la responsabilidad común del empresario (133-1), o condicionan el consentimiento de la empresa al ejercicio de derechos de los suscriptores o usuarios (art.133-3), o que imponen renuncias anticipadas a los suscriptores o usuarios (art.133-6), o que permiten al empresario modificar unilateralmente sus obligaciones de acuerdo solo con su propio interés (art.133-13), o modificar hasta disolver unilateralmente el contrato o alterar los derechos del suscriptor o usuario en casos distintos del incumplimiento de este o de la imposibilidad de cumplir (art. 133-2), o que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato (art. 133-17), o la posibilidad de hacer efectivas las garantías (art.133-18), o que limitan su derecho de retención (art. 133-24).

otras hipótesis, contrarias también a la equidad contractual y distintas de las que tienen que ver con cantidad, calidad y precio —las cuales suelen ser objeto de los mecanismos generales de protección de los consumidores— implican mayor onerosidad, es decir, un desequilibrio económico o material contra el usuario, o son simplemente abusivas[67]. Otras, o son exóticas o se apartan de las características que pueden considerarse usuales en contratos de esta índole de acuerdo con su tipicidad social[68].

B) *El abuso de la posición dominante del contratante "fuerte"*

No basta considerar la licitud o ilicitud de las cláusulas preestipuladas: el comportamiento propiamente dicho de quienes se disponen a contratar o ya han efectivamente contratado es también jurídicamente relevante en estas materias. Por eso, en la legislación se sanciona con la indemnización de perjuicios la conducta dañosa que se oponga a la buena fe precontractual; y por eso, el contenido obligatorio de la buena fe adicional a lo expresamente pactado también se proyecta sobre la ejecución del contrato. La expresión "abuso de posición dominante", tomada del derecho de la competencia y que para estos efectos se consagra en el ya citado artículo 984 del Estatuto Orgánico del Sistema

[67] Como ocurre al obligarlo a asumir la carga de la prueba mediante la preparación de documentos (art. 133-8); al permitir a la empresa en cargo de terminación anticipada exigir compensaciones excesivas (art. 133-16); al trasladarle al usuario los costos y gastos necesarios para hacer efectivas las garantías (art.133-18); la pretendida sujeción de los recursos o acciones a que tiene derecho el suscriptor a términos o condiciones ilegales, de la imaginaria creación de excepciones en favor de la empresa y del supuesto impedimento contractual que priva al usuario de remedios judiciales (133-9); el intento de dotar al empresario de mayores atribuciones en el caso de laudos arbitrales o de amigables composiciones (art. 133-10); el de la elección de la sede del arbitraje o del factor territorial que determina la competencia del juez (art. 133-11); la supuesta presunción contractual descrita en el art. 133-15 y el intento de impedir la compensación legal de obligaciones (art. 133-25).

[68] Tal es el caso de las que obligan al usuario a continuar con el contrato más allá de los plazos normales (art. 133-19), de las que atribuyen a la renovación tácita una duración superior a un año (art. 133-20); de las que obligan a dar preavisos con más de dos meses de anticipación (art. 133-21); de las que obligan a adoptar formalidades extrañas o injustificadas (art.133-23); de las que se refieren a cuestiones de procedimiento, como trasladarle al usuario la carga de la prueba que debe corresponderle al empresario (art.133-1); de las que autorizan al empresario para proceder frente a sí en nombre del usuario (art. 133-7), y de la concesión de plazos excesivamente largos o indeterminados para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del empresario (art. 133-12).

Financiero, ilustra claramente la preeminencia de hecho de uno de los contratantes, y el uso ilegítimo de dicha prevalencia conduce a una situación contractual inequitativa.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida en 1994, ha señalado que el abuso del derecho también es posible tratándose de facultades de origen contractual; y sus consideraciones permiten sostener que dicho abuso se configura, no solo al tiempo de preestipular una cláusula discutible, sino también cuando se haga valer la preeminencia que se deriva de ella al tiempo de la ejecución del contrato. Así las cosas, a propósito del abuso de la posición dominante de una institución financiera materializado en las garantías exigidas para el otorgamiento de un crédito a un empresario constructor y en el cobro de intereses anticipados, ha dicho la Corte que "[...] un ejemplo sin duda persuasivo de esta clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado «poder de negociación» por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción u omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación"[69].

[69] Sent. de 19 octubre 1994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo. En ella se señala: "Así pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea al ejercitarlo o ya por dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten, extiende su influencia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país como lo indica, en forma categórica por cierto, la Constitución Nacional en su art. 95 (num. 1, inc. 3º). Su función no se puede reducir, entonces, a la de convertirse en fuente posible de obligaciones derivadas de una modalidad de culpa civil extracontractual a la que sin duda, en ciertas circunstancias, es equiparable el ilícito abusivo, y por lo que atañe al criterio de conformidad con el cual han de aplicar las autoridades judiciales el mencionado principio, debe decirse en consonancia con las consideraciones precedentes, que es la moral social predominante en una comunidad que reconoce en la «solidaridad de las personas» una de las directrices medulares de su organización política (art. 1º de la Carta) e inspirada, por lo tanto, en los postulados de buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva «[...] la prevalencia del interés general» según lo propugna también el mismo texto superior

4. La interpretación judicial

Otra forma de protección del adherente surge de la aplicación que hace la jurisprudencia de los principios y reglas previstos en las normas legales de interpretación de los contratos, bien sean de carácter general o específicamente aplicables a la adhesión o a las condiciones generales, como es la regla que establece la preferencia de la norma no estandarizada respecto de la norma estándar en caso de conflicto entre las dos[70].

A) *La claridad desfavorable al adherente y la ambigüedad desfavorable al predisponente*

La respuesta inicial de la jurisprudencia civil frente a la contratación masiva se funda en el principio de la normativa de los contratos, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, y que permite confirmar la obligatoriedad de lo aceptado al adherir, sin que importe si es o no lesivo o desproporcionado para el adherente, tal como lo decidió la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otros casos, en 1947,

---

recién citado. Son estas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión, entendido como queda que la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa; y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; «[...] el límite más importante del ejercicio lícito de un derecho —dice Karl Larenz refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los arts. 226, 826 y 242 del Código Civil alemán— resulta [...] del principio de la salvaguarda de la buena fe [...]», agregando de inmediato que este principio, «[...] según un criterio hoy indiscutido [...]» es válido «[...] para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de este no solo deberes, sino que restringe también el ejercicio de facultades. Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe [...]» (*Derecho civil*, Parte General; cap. II, par. 13)".

[70] Principios Unidroit citados, art. 2.1.21; ley 142 de 1994, art. 132-2.

con ocasión del retiro que de una línea telefónica hizo la compañía prestadora del servicio argumentando una causal prevista en el reglamento respectivo[71]. Y como la aplicación de la regla legal en cuestión supone que la aceptación del adherente ha perfeccionado el contrato, la médula de la cuestión estriba en conocer lo consentido y, una vez definido ello, asegurar la prevalencia de la intención de los contratantes, la cual, cuando es conocida claramente, prevalece sobre lo literal de las palabras, según se dice en el artículo 1618 del Código Civil, para distinguir, valga la redundancia, con claridad, entre las palabras usadas por los contratantes, que son significantes lingüísticos, y el significado de ellas, que es el que debe ser despejado en primera instancia por los propios contratantes y, en caso de conflicto, por el juez. En 1980, la Corte, aparte las peculiaridades propias de la contratación adhesiva, sostuvo, fundándose en el artículo 1618 del Código Civil, que no se podían interpretar en favor del adherente cláusulas desfavorables para él sobre cuya claridad no hubiese discusión[72].

En 1970, la Corte aplicó el principio de interpretación favorable al adherente de la cláusula ambigua y precisó que era la ley, y no el juez, la llamada a evitar las cláusulas leoninas y a establecer normas especiales de interpretación de los contratos por adhesión, "en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas a favor del adherente, que es a lo que, entre nosotros, conduce el inciso 2º del art. 1624 del Código Civil"[73]. De acuerdo con el artículo citado, concebido para contratos negociados caso a caso, "no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se

[71] Sent. de 31 enero 1947, mencionada por nosotros en "Comentarios a la jurisprudencia nacional sobre contratos por adhesión", en *Revista de Derecho Civil*, Universidad de los Andes, vol. II, 1985, págs. 169-197.

[72] Sent. de 29 agosto 1980, en la cual se afirma que las cláusulas que "[...] son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes, y por ello se tornan intangibles para el juez. Pueden aparecer ante este exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le veda al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios". Para su análisis, veáse *idem.,* págs. 190 y ss.; Manuel José Cepeda, "Los contratos por adhesión: problemas y soluciones (en el derecho comparado y la jurisprudencia colombiana)", en *Revista de Derecho Civil,* Universidad de los Andes, núm. 3, 1985, págs. 58-63, y Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles,* t. II, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991, págs. 99-106.

[73] Sent. de 15 diciembre 1970, M. P. Guillermo Ospina Fernández.

interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella"[74].

Ahora bien, la claridad o ambigüedad de una cláusula integrante de un contrato no depende únicamente de consideraciones gramaticales, pues resulta determinante el respectivo contrato considerado en su conjunto y en atención a su finalidad. Sin embargo, el elemento principal del examen de la contratación adhesiva de parte de la Corte se encuentra en la regla prevista, entre otros cánones, en el citado artículo 1624 del Código Civil. El problema estriba en que las reglas de interpretación de los contratos diseñadas en atención a la negociación caso por caso, aunque indudablemente útiles, no son suficientes para resolver los problemas propios de la adhesión y de la predisposición en condiciones generales; y ello a pesar de que la Corte tenga en cuenta la caracterización del adherente como la "parte débil" de la relación contractual, de manera que se contrasta la igualdad formal que supone la ley en el encuentro de los contratantes al consentir, con las diferencias de poder económico, de información y de capacidad de negociación que se presentan en la vida real de la contratación.

Tal insuficiencia se pone de manifiesto al considerar el caso de cláusulas clarísimas, carentes de ambigüedad alguna y ventajosas para el predisponente, advertidas de tiempo atrás por la doctrina[75]. En ese evento de la claridad e, incluso, del "cinismo" de la cláusula predispuesta, adquiere mayor sentido la pregunta por el alcance del consentimiento prestado, sin reservas, al adherir, y de las facultades de las autoridades administrativas y judiciales frente a ellas. En 1977, la Sala Civil de la Corte[76] rechazó la teoría según la cual en el contrato por adhesión hay que buscar una interpretación favorable al adherente por el hecho de estar este en una situación de inferioridad, y reiteró que solo admitía esa posibilidad frente a las cláusulas ambiguas. Ahora bien, ¿cuál es el criterio para establecer la ambigüedad o polisemia de una cláusula?

[74] Un ejemplo de regla de interpretación en favor del adherente de cláusulas dudosas provenientes de condiciones generales se encuentra en el art. 1370 del Código Civil italiano.

[75] Véanse, GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, "Algunos aspectos de la moderna contratación comercial", en *VIII Foro Nacional de Notariado y Registro*, *Cartagena*, Bogotá, Superintendencia de Notariado, 1987, pág. 72, y ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, "Contratos de adhesión", en *Tendencias modernas del derecho civil*. *Centenario del Código Civil,* Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 227.

[76] Sent. de 9 septiembre 1977, M. P. Aurelio Camacho.

En esa oportunidad, la Corte Suprema entendió que la ambigüedad a que aludía la ley se presentaba ante la posibilidad de una eventual interpretación de la cláusula de parte del adherente que, en el litigio decidido, permitía hacer una supuesta distinción inexistente en el texto del contrato. El caso en cuestión se refería a un contrato de seguro que amparaba a los propietarios de una estación de gasolina contra los robos de los vehículos estacionados en ella, seguro en el que se exigía que el asegurado entregara una boleta fechada y numerada al depositante. Se robaron un automóvil que se parqueaba en la estación desde hacía más de diez años y a cuyo propietario no le entregaban contraseña alguna, sino simplemente un recibo mensual como constancia de pago; y, ante la excepción propuesta por la compañía de seguros, consistente en afirmar la no ocurrencia del siniestro, la Corte consideró que la cláusula que exigía la entrega de la boleta a los depositantes era ambigua, pues se prestaba para que el adherente sostuviera que era aplicable únicamente a contratos celebrados de forma ocasional, con personas que no fueran clientes habituales del asegurado. La cláusula era ambigua —afirmó la Corte—, porque "puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones, por consiguiente, «motivo de duda», según se dice en el Diccionario de la Real Academia"; y de acuerdo con esa consideración, la cual, por cierto, sí que puede entenderse de varios modos y suscitar dudas, falló en contra de la compañía aseguradora.

B) *La finalidad buscada por el predisponente y significado atribuido por el adherente*

En cambio, pocos años atrás, en 1974, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de un fallo contra una aseguradora, ya había sentado un importante y, valga decirlo, muy claro criterio de interpretación de las cláusulas predispuestas, según el cual, "para establecer el alcance de dicha cláusula basta establecer cuál debió ser la finalidad que con ella se propuso la [...] —aseguradora predisponente— al incluirla entre [*sic*] las que forman el cuerpo de la póliza, y cuál el significado que pudo haberle dado [...] —la tomadora adherente— al aceptarla"[77]. La sentencia se refería a un contrato de seguro que beneficiaba a la Compañía Distrital de Rifas, la tomadora, en el caso del incumplimiento de una rifa de parte del contratista que la llevaba a cabo, y que contenía una cláusula en la cual se estipulaba que se entendía ocurrido el siniestro no bien se notificara al asegurador

[77] Sent. de 8 mayo 1974, M. P. Ernesto Escallón, "G. J.", t. XLIV, núms. 2378 a 2839.

de la resolución de incumplimiento del contratista expedida por la autoridad administrativa competente. El contratista incumplió y antes de notificar la resolución, la Compañía Distrital de Rifas informó al asegurador, que entendió que el siniestro había ocurrido y reclamó el cumplimiento de la póliza.

Frente a la discusión entre las partes acerca de la ocurrencia del siniestro, que había sido negada por la aseguradora alegando la ausencia de la notificación en cuestión, la Corte adoptó el criterio según el cual hay un sistema especial de interpretación que permite hacer una aplicación extensiva de tres principios clásicos, a saber: el primero, que establece que las cláusulas ambiguas se aplican contra quien las extiende; el segundo, por el cual la intención de los contratantes prevalece sobre el tenor literal del contrato; y el tercero, que permite que ante dos cláusulas incompatibles el juez escoja la que le parezca expresar mejor la intención del adherente. En este sentido, la Corte consideró que para interpretar la cláusula que exigía la notificación de la resolución del incumplimiento había que tener en cuenta la finalidad buscada por la parte que la extendió, esto es, la aseguradora, y el significado que pudo darle el adherente al celebrar el contrato, y concluyó que con esa cláusula simplemente se buscaba garantizar que el asegurador tuviera certeza acerca de la ocurrencia del siniestro.

Y como en el caso en cuestión el asegurador tuvo conocimiento pleno de la realización del riesgo asegurado con anterioridad y por un medio distinto del previsto en una cláusula clarísima, carente de toda ambigüedad, la Corte Suprema consideró que esta estipulación contra la que pudiera pensarse a primera vista —de acuerdo con su tenor literal— no excluía la procedencia de otros medios aptos para llegar al mismo resultado. La Corte, en síntesis, interpretó funcionalmente un contrato por adhesión, y así evitó las consecuencias desfavorables para el adherente de la aplicación literal y mecánica de una estipulación cuya finalidad típica se había alcanzado por otra vía.

En esta sentencia se plantean premisas que también son adecuadas para interpretar funcionalmente las cláusulas previstas en las condiciones generales, con fundamento en lo que es propio de ellas de acuerdo con la equidad y su naturaleza, es decir, aplicando en su integridad la regla de la buena fe contractual. Frente a una cláusula clara, analizada en el contexto del contrato y no de manera aislada, la Corte indagó simultáneamente acerca de la finalidad buscada por el predisponente al incluir la cláusula y sobre el significado que pudo darle razonablemente el adherente. Y esa clase de análisis del contrato permite considerarlo

desde el punto de vista de su tipicidad social, que es la que justifica y explica el interés lícito del empresario predisponente en estandarizar sus relaciones contractuales con terceros y que, simultáneamente, responde a las expectativas razonables de los potenciales adherentes.

En la coincidencia de las voluntades de los contratantes subyace un hecho social, el cual, en el caso de la contratación masiva, corresponde a relaciones económicas generalizables, en cuanto que son homogéneas, de manera que el objetivo o el propósito de la negociación, o ambos, pueden simplificarse: mediante la suposición de una conducta socialmente típica, tanto por quien extiende la cláusula como por quien adhiere a ella[78]; o mediante una "categorización" de las partes, de manera que la referencia a dicha categoría permita suponer un comportamiento típico[79], en este caso, sin necesidad de reducir el tratamiento de los contratos así celebrados y ejecutados al ámbito exclusivo de las reglas propias del estatuto del "consumidor", concepto que en sí mismo implica una de las caracterizaciones posibles de una de las partes contratantes.

Planteadas así las cosas, de acuerdo con la norma general del artículo 871 del Código de Comercio, que señala expresamente las pautas que determinan el contenido obligatorio de la buena fe, tanto al tiempo de la celebración como al de la ejecución de todo contrato, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1621 del Código Civil, según el cual "en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen", es posible concretar la buena fe que les permite a las partes confiar recíprocamente y, por ende, contratar en el contexto propio de la contratación masiva[80]. Esa concreción se alcanza al precisar la naturaleza de los contratos y las condiciones generales correspondientes de acuerdo con el comportamiento que es usual y razonable esperar en atención a su contenido y función típicos, interpretación finalista que

[78] Alessandro Giordano, *I contratti per adesione,* Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, pág. 158.

[79] Como lo señala Genovese, "la tipicidad del comportamiento presupone una cierta caracterización de las partes, cuya pertenencia a una determinada categoría permite calificar su modo de actuar como típico". Anteo Genovese, "Condizioni generali di contratto", en *Enciclopedia del Diritto,* t. viii, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, pág. 804.

[80] Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica,* trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, págs. 90-99.

implica un análisis interdisciplinario y no exclusivamente jurídico de la función económica del respectivo contrato y que exige examinar las cláusulas sin sustraerlas artificialmente del medio en el que se producen las relaciones contractuales.

Al considerar el contenido de un contrato predispuesto en formatos o en condiciones generales incorporadas a este desde esta perspectiva, la remisión legal a la equidad como una de las pautas que concretan el contenido de las obligaciones derivadas de la buena fe contractual exige en la naturaleza típica del contrato el equilibrio entre las obligaciones y derechos de los contratantes. Ese equilibrio no se agota en la simple interdependencia formal propia de la bilateralidad; protege al predisponente de las expectativas y exigencias del adherente que resulten exóticas frente a esa tipicidad y también de "ambigüedades" imaginadas para proteger arbitrariamente a la parte débil y, por supuesto, protege al adherente de los abusos de la parte fuerte.

Hay que advertir que las cláusulas de uso común que "se presumen aunque no se expresen", de acuerdo con el artículo 1621 del Código Civil, para efectos de la interpretación de los contratos, y que la utilización de las costumbres mercantiles, según la ley comercial, para "determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles"[81], no permiten considerar que las condiciones generales de contratación tengan carácter normativo objetivo, esto es, que sean vinculantes para quienes no consientan expresa o tácitamente en el contrato cuyo contenido se integra total o parcialmente con sustento en ellas, ni, mucho menos, permiten que mediante ellas se impongan prácticas ilegales. La subordinación de la costumbre al derecho estatal legislado es clara no solo a propósito de la costumbre local, sino también respecto de las costumbres internacionales[82]; y a ello se suma el hecho de que a propósito de la eficacia de las condiciones generales de contratación, incluso en el contexto del corporativismo italiano, se ponía en tela de juicio la existencia de una *opinio iuris seu necessitatis* que permitiera considerarlas costumbres en sentido normativo cuando, mediante ellas, se intentaban "camuflar" como costumbres contratos tipo que solo expresaban intereses de

[81] C. de Co., art. 5º.

[82] C. de Co., arts. 3º a 9º, declarados exequibles por la Corte Constitucional en sent. C-486 de 28 octubre 1993. El salvamento de voto reafirmaba aún más la prevalencia del derecho estatal.

los predisponentes[83], y que fácilmente podían esgrimirse, por ejemplo, al pretender la prevalencia de "prácticas generales interpretativas", como las previstas en el Código Civil italiano de 1942[84].

No hay lugar entonces a que con la citada presunción legal del artículo 1621 del Código Civil se pueda sostener la existencia y, sobre todo, la validez, de un pacto acerca de cláusulas abusivas usuales, a pesar de que la inferioridad real de los adherentes haya permitido su imposición generalizada y, como es también usual, valga otra redundancia, con la convicción firme acerca de su iniquidad. Lo anterior se evita gracias a que en la ley, por medio del principio de la buena fe, se impone un contenido obligatorio distinto del expresamente pactado, y que es el derivado o de la equidad, o de la naturaleza del contrato o de la costumbre, con lo cual se sienta un principio que legalmente impide que una cláusula no expresa pero usual, es decir, derivada de costumbres, pueda considerarse por vía de interpretación parte de un contrato, a pesar de ser inicua o contraria a la naturaleza de este.

Y debe añadirse que otro principio de interpretación de los contratos, consagrado en el artículo 1620 del Código Civil, ordena preferir la interpretación que produzca efectos a aquella que no sea capaz de producirlos; y es claro que se hace referencia a la producción de efectos legales, pues sería absurdo preferir la interpretación conducente a un efecto abusivo contra la aplicación de un precepto que ordenara preservar la equidad de forma acorde con la naturaleza del respectivo contrato.

C) *Condiciones generales o uniformes y presunción legal de abuso*

Como ya se dijo, en el título VIII de la ley 142 de 1994, que estableció el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible, se incluyó la primera regulación colombiana detallada sobre condiciones "uniformes" o generales de contratación, entre ellas la lista negra de las cláusulas presuntamente abusivas. Este avance legal no incluyó

[83] Alberto Asquini, "L'unità del diritto comerciale e i moderni orientamenti corporativi", en *Scritti iuridici,* vol. I, Padua, Cedam, 1936, págs. 49-70 y 55-59.

[84] En los términos del art. 1368 de tal normativa, "las cláusulas ambiguas se interpretan según lo que se practica generalmente en el lugar en el cual el contrato ha sido celebrado. [...] En los contratos en los cuales una de las partes es un empresario, las cláusulas ambiguas se interpretan según lo que se practica generalmente en el lugar en el cual está establecida la empresa". La opinión de Asquini citada en el numeral anterior es de 1931, esto es, anterior al Código.

la consagración de criterios específicos de interpretación de dichas condiciones uniformes o generales, no obstante que a partir de las leyes sobre la materia, en particular la legislación alemana de diciembre de 1976 y la directiva de la Unión Europea 93-13-CEE de 1993, en la doctrina europea se han señalado algunas reglas especiales, así descritas por DÍEZ-PICAZO: la de la prevalencia de la cláusula particular frente a la estandarizada opuesta; la de la condición más beneficiosa, para preferir entre la cláusula estandarizada y la particular la que resulte más beneficiosa para el adherente, esto es, la que le amplíe los derechos o le reduzca las obligaciones y cargas; la de la condición más importante, aplicable en el evento de existir contradicción entre las cláusulas predispuestas en las condiciones generales, para preferir la que sea considerada de mayor importancia en atención a la economía del contrato o a sus prestaciones "centrales"; la de la interpretación contra "proferentem", esto es, en contra de quien la haya preestipulado, siendo entendido que se aplica sin que importe si las condiciones generales han sido redactadas o no por el predisponerte que remite a ellas; y, por último, la de la interpretación restrictiva[85].

Sin embargo, en el citado numeral 26 del artículo 133 de la ley 142 de 1994 se señala cuál es el criterio general para considerar, a partir de una cláusula, que la empresa de servicios públicos domiciliarios predisponente ha abusado de su posición dominante, y cuál es el que sirve para desvirtuar dicha presunción. De acuerdo con el primero, hay abuso cuando las limitaciones a los derechos y obligaciones contractuales pueden poner en peligro "la consecución de los fines" del contrato, fines que se establecen, gracias a la remisión expresa de la citada norma, con fundamento en el artículo 136 de la misma ley, de acuerdo con el cual "la prestación continua de un servicio de buena calidad es la obligación de la empresa". Y en virtud del segundo, el abuso se descarta, precisamente, mediante una interpretación del contrato considerado en su conjunto que permita concluir que la cláusula o cláusulas en tela de juicio "se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa".

5. SISTEMAS LEGALES DE CONTROL ADMINISTRATIVO

Por último, otro grupo de normas legales de defensa de la libertad e igualdad contractuales tienen que ver con las funciones legalmente

[85] Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial,* t. I, Introducción. Teoría del Contrato, 5ª ed., Madrid, Thompson Civitas, 1996, págs. 411-414.

asignadas a autoridades administrativas, manifestación de la intervención estatal sobre la economía cuya forma de expresión es el acto administrativo, y que se lleva a cabo mediante autoridades encargadas de la protección de los consumidores en general, y de funcionarios a cargo de la supervisión de actividades específicas, como la financiera y la de los servicios públicos domiciliarios. Además de la flexibilidad y facilidad de expedición del acto administrativo, estos sistemas son idóneos para llevar a cabo un control preventivo de eventuales abusos y para contar con funcionarios especializados con conocimiento de determinados sectores de la actividad empresarial.

Dichos controles administrativos no se confunden con la aplicación judicial de las reglas imperativas pertinentes o con la correspondiente declaración de derechos u obligaciones o con la interpretación, también judicial, de las cláusulas materia de litigio, como lo ha puesto de relieve la propia Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, con apoyo en doctrina del Consejo de Estado[86]. Ni tampoco son suficientes por sí mismos para la adecuada protección de la libertad e igualdad contractual, suficiencia afirmada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de noviembre de 1977, a propósito de las funciones de la Superintendencia en lo que hace a las pólizas de seguros, las cuales, en la época de dicho fallo, requerían en general autorización previa de esa entidad.

En la actualidad, tales funciones previas de la Superintendencia Financiera se ejercen respecto de los modelos de pólizas que van a ser usadas para la explotación de un nuevo ramo o para la actividad inicial de una aseguradora[87]; y respecto de las operaciones fiduciarias en lo relacionado con los modelos de contrato destinados a la adhesión o a la prestación masiva del servicio, y con las condiciones generales "consignadas en los mismos"[88]. Las reglas legales señaladas facultan a la Superintendencia para expedir los actos administrativos de carácter general y particular acordes con esas funciones, y con el principio general según el cual, de conformidad con el numeral 4 del

[86] C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. S., Miguel Lleras Pizarro, exp. 2945, *Anales*, 1974, t. 87, año 49, 2º semestre, Bogotá, D. E., Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, febrero de 1980, núms. 443 y 444, págs. 308-313; véase también oficio 2000082098-10 de 10 de diciembre de 2002 de la Superintendencia Financiera.

[87] Ley 795 de 2003, art. 42, modificatorio del art. 184-1 del E. O. S. F.

[88] E. O. S. F., art. 146-4.

artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las instituciones sometidas al control de la Superintendencia, para efectos de la "debida prestación del servicio y protección al consumidor", y "[...] en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones [...]. Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante".

En función de este principio general, dicha superintendencia se ha referido a la legalidad de diversas clases de cláusulas correspondientes a contratos bancarios masivos, cuyo contenido es predeterminado por los establecimientos de crédito en ejercicio de la autonomía privada. Así, por ejemplo, ha considerado exorbitante la cláusula del contrato de depósito en cuenta corriente que pretenda exonerar de responsabilidad a los bancos por el pago de cheques adulterados o falsos, para trasladarla al girador sin ninguna controversia previa[89]. Sin desconocer que, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en 1968[90], la Superintendencia no tiene la competencia legal que le permita fijar o limitar el monto de las comisiones que cobran las entidades vigiladas por sus servicios bancarios, ha tachado, con apoyo en doctrina del Consejo de Estado[91], la cláusula mediante la cual se pretenda el cobro de una cuota de manejo en los depósitos de cuentas de ahorro inactivas, o imponerle al depositante la obligación de asumir los costos operativos del reintegro del dinero depositado[92].

Con referencia expresa a los contratos tipo, la Superintendencia advirtió acerca del alcance de las eventuales modificaciones unilaterales, en las cuales es patente el riesgo de abuso. Así, señaló que "las instituciones financieras no pueden realizar a su arbitrio, cualquier modificación a los contratos tipo diseñados para regular las relaciones

[89] Superintendencia Financiera de Colombia, concepto 2008002520-2 de 29 abril 2008.

[90] Al declarar inexequible el decreto 1988 de 1966, Sala Plena, sent. de 2 mayo 1968, M. P. Guillermo Ospina Fernández.

[91] C. de E., Sección Cuarta, sent. de 18 agosto 1995, M. P. Delio Gómez Leiva.

[92] *Idem.,* conc. 2003029415-2 de 22 agosto 2003.

comerciales entabladas con su clientela, pues el legislador de modo perentorio ordenó a las entidades vigiladas por esta autoridad el abstenerse de convenir, en las operaciones propias de su objeto social, cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante".

La aparente impropiedad de la referencia al convenio se salva si se considera el abuso que puede darse, en efecto, al ejercer una facultad de modificación o terminación unilateral de origen legal, acorde con la naturaleza del respectivo contrato, o que haya sido objeto de consentimiento al adherir, consentimiento que ha sido puesto de relieve por la Superintendencia al referirse a la necesidad de este para la existencia y validez de las modificaciones a los formularios de contratos bancarios[93], tal como lo ha señalado de manera general en la Circular Básica Jurídica[94]. Y se ha referido al derecho de la clientela a conocer, de forma previa a la celebración del contrato de apertura de crédito o de la modificación respectiva, las tarifas aplicables por utilización de una tarjeta en sus diferentes modalidades[95].

Las funciones legales de las comisiones de regulación ofrecen un ejemplo de la clase de intervención administrativa que se lleva a cabo en los contratos de servicios públicos domiciliarios. En el artículo 73 de la ley 142 de 1994 se establece como facultad general de estas comisiones, regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, en realidad, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante y produzcan servicios de calidad. Y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 21 de ese mismo artículo, una de las funciones de las comisiones consiste en "[...] 73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario".

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico ha expedido resoluciones generales mediante las cuales expide los

[93] Superintendencia Financiera de Colombia, conc. 2007001302-001 de 23 febrero 2007.

[94] Superintendencia Financiera de Colombia, cap. I, t. III, num. 2.2.

[95] Superintendencia Financiera de Colombia, conc. 2007000123-002 de 26 febrero 2007.

denominados "modelos de contratos de servicios públicos de carácter indicativo", esto es, no vinculantes, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, respectivamente. Y en unión con tales actuaciones, la resolución 413 de 2006 de esa comisión es un ejemplo de la forma en que esos organismos llevan a cabo tales funciones legales, al señalar criterios generales, de acuerdo con la ley, sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. La resolución en cuestión, acorde con los criterios de participación ciudadana señalados por la Corte Constitucional[96], y con lo dispuesto para el efecto en el decreto 2696 de 2004, fue precedida de un proceso de discusión directa con usuarios y agentes del sector que incluyó dos divulgaciones públicas y su publicación en la página electrónica de la Comisión durante dos meses, lo cual permitió recibir trece comunicaciones y nueve consultas escritas de los usuarios durante las consultas públicas. Este hecho muestra el incipiente grado de participación al respecto.

En lo que hace a los criterios generales sobre abuso de posición dominante, en el artículo 1º de la resolución 413 citada, la Comisión ha recordado, conforme al artículo 1603 del Código Civil, el contenido obligatorio que impone la buena fe en la ejecución de los contratos, no obstante que debe entenderse que es más exacto remitirse al artículo 871 del Código de Comercio, pues dicho artículo no solo cobija la celebración de los contratos, sino que también se aplica a aquellos actos que sean mercantiles para una de las partes[97], como lo son estos contratos de servicios para las empresas prestadoras.

Como criterio de interpretación de los contratos de servicios públicos domiciliarios, la Comisión ha hecho referencia al artículo 30 de la ley 142 de 1994, que ordena hacerlo "[...] en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, [...] y que más favorezca la continuidad y calidad de los servicios". A renglón seguido ha señalado que se incurre en abuso de posición dominante no solo al incluir en las condiciones uniformes de un contrato una de las cláusulas de la lista negra ("las cláusulas prohibidas por el artículo 133 de la ley 142 de 1994"), sino también al llevar a cabo "toda conducta que produzca un efecto igual o similar al que se generaría si se incluyera una de las prohibidas por la ley", caso en el que,

[96] Corte Const., sent. C-150 de 2003.

[97] C. de Co., art. 22.

a falta de sanción legal de anulación, aparentemente hay que entender que se está haciendo referencia a conductas constitutivas de fraude a la ley o simplemente dañosas; y reitera el criterio de la jurisprudencia ya mencionado, según el cual la ambigüedad contractual debe interpretarse contra el predisponente, sin que importe si es acreedor o deudor.

En el artículo 152 de la ley 142 de 1994, a propósito de la defensa de los usuarios, se establece que, salvo que la ley disponga otra cosa, las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos ante las empresas de servicios se interpretan y aplican "teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela". Esta extraña "práctica unilateral" ha dado lugar a que en el artículo 2º de la resolución 413 se exija que al pretender hacer valer una de tales comportamientos frente a un suscriptor o usuario, la empresa deberá "entregar copia gratuita de los documentos mediante los cuales se pruebe que la conducta reiterada tiene este carácter, en los términos de los artículos 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil, para quien la solicite". Esta norma, además de dejar algunas dudas acerca de a partir de cuándo es posible hacer "uso de la costumbre" —como se dice en ella—, no aporta criterios acerca de cuáles pueden ser los asuntos materia de las "costumbres de las empresas comerciales" al respecto.

La pretensión de modificación total o parcial de los contratos de parte de las empresas debe ser materia de la publicidad anticipada prevista en el artículo 4º de la resolución 413, salvo que obedezca a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, so pena, según dicho artículo, de la inoponibilidad prevista en él. La posibilidad de imponer dicha sanción mediante un reglamento de esta índole es discutible; pero hay que señalar que la divulgación anticipada de una eventual modificación protege al usuario o suscriptor de situaciones creadas y le permite evaluar la conveniencia de continuar vinculado al contrato. Y en cuanto a la claridad de los contratos, el artículo 3º de la resolución 413 se refiere tanto a la legibilidad como a la inteligibilidad del clausulado y a la necesidad de que cualquier anexo mencionado debe ser dado a conocer al adherente.

Con anterioridad a la expedición de la reciente ley sobre *habeas data,* y acorde con la jurisprudencia de tutela al respecto[98], en el artículo 5º de

[98] Los reportes de deudas vencidas a las centrales de riesgo habían sido objeto de tratamiento de jurisprudencia mediante acciones de tutela, en las cuales, entre otras consideraciones, se había señalado la necesidad de contar con autorización expresa del deudor para el suministro de los datos correspondientes. Cfr. Corte Const., sent. SU-082 de 1995.

la resolución 413 la comisión exige que la autorización para suministrar información acerca de deudas vencidas a las centrales de riesgo sea impartida por cada suscriptor o usuario en documento independiente del contrato de servicios públicos, y señala que el no otorgamiento de dicha autorización no faculta a la empresa para negar la prestación del servicio, con lo cual se pretende imponer a la empresa, quizás en atención al carácter esencial del servicio público objeto del contrato, la obligación de contratar sin tener el derecho de evaluar el riesgo de crédito que represente su eventual deudor. Más usual y razonable, acorde con su autonomía[99], es, en cambio, la "autorización", es decir, el consentimiento expreso y escrito de cada suscriptor o usuario que, en los términos del artículo 6º de la resolución 413, se exige respecto de la cláusula compromisoria para someter a arbitraje las diferencias entre el usuario o suscriptor y el prestador, y la previsión de que su no aceptación no será causal para que el prestador niegue la prestación del servicio.

Para terminar, un ejemplo de protección de los suscriptores y usuarios lo constituye el derecho a solicitar la asesoría o participación de un técnico en caso de revisiones o retiros provisionales por presuntas anomalías no imputables a la empresa, ni con causa en el uso normal de los bienes en la conexión domiciliaria y en el equipo de medida, en el cambio de este y en visitas técnicas. Previsto en el artículo 12 de la resolución 413, se obtiene así una colaboración técnica en el proceso de revisión de los equipos de medida e instalaciones internas, la cual también se puede pedir, según el artículo 13 *ibid.,* cuando se retiren temporalmente los medidores para verificar su estado o se instale un medidor provisional como consecuencia del retiro del permanente.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO: *Contratos mercantiles,* t. II, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991.

ASCARELLI, TULLIO: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970.

ASQUINI, ALBERTO: *Scritti iuridici: L'unità del diritto comerciale e i moderni orientamenti corporativi,* vol. I, Padova, Cedam, 1936.

[99] Cfr. C. C. italiano, art. 1341, que incluye la cláusula compromisoria entre las cláusulas de las condiciones generales que exigen aprobación expresa.

Bianca, Mássimo: "¿Son no contractuales los contratos en masa?", en Leyseer L. León, *Estudios sobre el contrato en general,* por los sesenta años del Código Civil italiano, 2ª ed., Lima, Ara Editores, 2004.

Cepeda, Manuel José: "Los contratos por adhesión: problemas y soluciones (en el derecho comparado y la jurisprudencia colombiana)", en *Revista de Derecho Civil,* núm. 3, Universidad de los Andes, 1985.

Díez-Picazo, Luis: *Introducción. Teoría del contrato: fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Thompson-Civitas, 1996.

Galgano, Francesco: *La globalizzazione nello specchio del diritto,* Bolonia, Il Mulino, 2005.

Galgano, Francesco y Marrella, Fabricio: *Diritto del comercio internazionale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2007.

Genovese, Anteo: *Enciclopedia del Diritto: Condizioni generali di contratto*, t. viii, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.

Giordano, Alessandro: *I contratti per adesione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.

Holguín Holguín, Carlos: "El concepto de orden público en la convención de Nueva York y otros comentarios", en *Escritos* (1912-1988), Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.

Irti, Natalino: "Intercambios sin acuerdo", en Leyseer L. León, *Estudios sobre el contrato en general,* por los sesenta años del Código Civil italiano, 2ª ed., Lima, Ara Editores, 2004.

Mendoza Ramírez, Álvaro: "Contratos de adhesión", en *Tendencias modernas del derecho civil, Centenario del Código Civil*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

Oppo, Giorgio: "¿Deshumanización del contrato?", en Leyseer L. León, *Estudios sobre el contrato en general,* por los sesenta años del Código Civil italiano, 2ª ed., Lima, Ara Editores, 2004.

Peña Castrillón, Gilberto: "Algunos aspectos de la moderna contratación comercial", en *VIII Foro Nacional de Notariado y Registro Cartagena*, Bogotá, 1987.

Pinzón Sánchez, Jorge: "Comentarios a la jurisprudencia nacional sobre contratos por adhesión", en *Revista de Derecho Civil,* vol. i, Universidad de los Andes, enero de 1985.

—: "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", en Díez- Picazo, Luis, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Fundación BBVA-Civitas. (También se encuentra en la *Revista de Derecho Privado* de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes).

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2004), *http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter 2004. pdf*

Revista de Derecho Civil, vol. II, Bogotá, Universidad de los Andes, 1985.

RIPERT, GEORGES: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares, 2001.

RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO: *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, Bogotá, Legis, 2005.

A) *Jurisprudencia*

Consejo de Estado, Sección Cuarta, sent. de 18 agosto 1995.

Corte Constitucional, sent. SU-082 de 1995.

Corte Constitucional, sent. SU-167 de 1999.

Corte Constitucional, sent. C-529 de 2000.

Corte Constitucional, sent. C-1162 de 2000.

Corte Constitucional, sent. C- 1292 de 2001.

Corte Constitucional, sent. C-150 de 2003.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 31 enero 1947.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sent. de 2 mayo 1968.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 1970.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 8 mayo 1974.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 9 septiembre 1977.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. de 19 octubre 1994.

B) *Conceptos y oficios Superintendencia Financiera de Colombia*

Oficio 2000082098-10 de 10 diciembre 2002.

Concepto 2003029415-2 de 22 agosto 2003.

Concepto 2007001302-001 de 23 febrero 2007.

Concepto 2007000123-002 de 26 febrero 2007.

Concepto 2008002520-002 de 29 abril 2008.

Capítulo IV

La teoría de la imprevisión

Juan Caro Nieto*

1. Introducción

La teoría de la imprevisión, como figura perfilada y reconocible por la comunidad jurídica, tiene ya casi un siglo. Y, sin embargo, aún hoy suscita debates enconados sobre su alcance y aplicabilidad. En Francia, donde fue concebida por el Consejo de Estado en célebre fallo de 1916, las cortes la limitan exclusivamente al campo administrativo y rehúsan extenderla a contratos entre particulares. En Colombia, en cambio, sin mucho análisis, fue entronizada en el artículo 868 del Código de Comercio de 1971.

La teoría de la imprevisión responde a una necesidad muy propia de las convulsiones de los tiempos modernos: ¿qué pasa si dos particulares celebran un contrato teniendo en cuenta determinados presupuestos y objetivos, pero luego, por circunstancias extraordinarias, no previsibles para ninguna de las partes, una de las dos prestaciones se vuelve excesivamente onerosa de cumplir? ¿Podrá un juez revisar ese contrato para restablecer el equilibrio que existía cuando se celebró?

Principio fundamental para salvaguardar la seguridad jurídica de un país es el que los romanos denominaron *pacta sunt servanda:* los contratos son para cumplirlos. Ese principio existe en todas las legislaciones del mundo, pues es la base del derecho contractual. En Colombia lo consagra el artículo 1610 del Código Civil: el contrato es

* Abogado; Máster en Derecho de Harvard Law School (LLM); Profesor Distinguido de Contratos Civiles y Mercantiles y Profesor de Contratos Internacionales de la Universidad del Rosario, exprofesor de la Especialización en Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y del MBA de la Universidad de los Andes, árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); autor de diversos artículos sobre derecho privado.

ley para las partes. Como toda ley, hay que cumplirla, aunque resulte muy difícil. Solo si resulta imposible de cumplir, se exonera de responsabilidad al deudor.

No obstante esto, desde la Edad Media se empezó a hablar de otro principio —*rebus sic stantibus*— que atenuaba el rigor del *pacta sunt servanda:* sí, los contratos se deben cumplir, siempre que las cosas hayan seguido iguales. En Colombia ninguna norma consagraba este principio, pero tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los años treinta le abrieron la puerta con solo mencionar en su texto la teoría de la imprevisión. Aunque en ninguna de las tres sentencias se aplicó la teoría, la doctrina de la época las aplaudió, con lo cual sentaron las bases para que en 1971 esa teoría se adoptara como norma aplicable a los contratos mercantiles. Si bien esa norma ha tenido muy escasa aplicación práctica en Colombia, la teoría de la imprevisión[1] sigue siendo tema fascinante para juristas de todas las latitudes.

2. Orígenes de la Teoría de la imprevisión

Francia, Inglaterra e Italia fueron pioneras en buscar fórmulas para solucionar casos en que imprevisibles circunstancias sobrevinientes producen un grave desequilibrio entre las prestaciones de dos contratantes. Cada una abordó el tema a su manera, y las tres han sido las fuentes de inspiración para el resto de los países que, mediante sus jueces o sus legisladores, han adoptado o están planeando adoptar una solución a este problema.

A) *Francia*

La doctrina de forma unánime reconoce que fue en Francia donde se originó la teoría de la imprevisión. En el curso de la primera guerra mundial un gran número de personas encontró que, como consecuencia de la guerra, sus contratos para ejecutar obras o prestar servicios se habían vuelto excesivamente onerosos de cumplir por el aumento desmesurado de sus costos.

[1] *Teoría de la imprevisión* es el nombre empleado por la doctrina nacional y la extranjera, no obstante que al ser adoptada como norma positiva deja de ser una teoría. En este capítulo se usará, indistintamente, *teoría de la imprevisión* o *imprevisión* para describir esta figura, esté o no consagrada en un precepto legal.

En histórico caso decidido en 1916[2], la Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux, que tenía celebrado con esta ciudad un contrato de concesión para prestar el servicio de alumbrado público a base de gas, alegó que, por virtud de la guerra, y, específicamente de la ocupación alemana de los territorios productores de carbón, el precio de este insumo, esencial para la producción de gas, se había quintuplicado, lo cual había vuelto excesivamente oneroso seguir cumpliendo el contrato[3].

Al analizar la demanda en que la *Compagnie* solicitó la revisión de su contrato, el Consejo de Estado conceptuó que si bien la variación de los precios de las materias primas era un álea del mercado y forma parte de los riesgos del concesionario, en este caso el aumento del precio del carbón "sobrepasó los límites extremos que las partes hubieran podido visualizar al momento de celebrar el contrato de concesión". Al haberse "trastornado totalmente la economía de ese contrato", la compañía no estaba obligada, durante la situación anormal, a seguir prestando el servicio en las condiciones originales. Por tanto, dijo, "en aras del interés general que exige la continuación del servicio", la compañía debe soportar solo transitoriamente "las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor que la interpretación razonable del contrato permita asignar a su cargo"[4].

El fallo produjo revuelo en Francia porque erosionaba el concepto de fuerza mayor al permitir que un deudor fuera excusado no solo por absoluta imposibilidad de cumplir, sino por grave dificultad. Este camino, sin embargo, no se abrió para todos los contratos sino solo para los administrativos. Todo intento de admitir su aplicación a contratos privados ha sido invariablemente rechazado por la Corte de Casación, que "fundamenta su decisión en el art. 1134 del C. C.[5]. En efecto, como el contrato es producto de la voluntad de las partes, *no*

[2] C. de E., 30 marzo 1916, *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux v. Ville de Bordeaux*, D. P. 1916, 3, 256, S. 1916, 3, 17. R. Cassin y Marcel Waline, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative,* 5ème ed, Paris, Sirey, 1969, pág. 129.

[3] El precio por tonelada previsto en el contrato era de 23-28 francos, y los comentaristas señalan que solo entre enero de 1915 y marzo de 1917 subió de 35 a 117 francos.

[4] El caso fue remitido al Consejo de la Prefectura de Gironde para que, si las partes no llegaban a un acuerdo, este determinara una indemnización en favor de la compañía por continuar prestando el servicio durante el período de la perturbación.

[5] "Art. 1134: Todo contrato legalmente formado tiene fuerza de ley para los que lo han celebrado. No puede ser revocado sino por su consentimiento mutuo o por las causas que esté autorizadas por la ley".

corresponde al juez modificarlo[6]. En otras palabras, es el principio de la autonomía de la voluntad el que justifica el rechazo de la teoría de la imprevisión"[7].

La diferencia de tratamiento de parte de las cortes francesas se explica, entonces, porque los contratos de derecho privado solo atienden a intereses particulares, mientras que los contratos administrativos, al tener por fin prestar un servicio público, interesan a toda la sociedad. Si estos, al tornarse excesivamente onerosos, no son reajustados, el servicio público puede paralizarse, con graves secuelas sociales.

La diferente concepción de estos dos tipos de contrato explica también de dónde sale el nombre de *imprevisión:* "La teoría civil del contrato supone que todas las eventualidades posibles fueron previstas por el contratante que se compromete con una prestación; la teoría administrativa, por el contrario, supone que los contratantes han previsto solo las eventualidades habituales [...] por lo tanto, hay un *margen* para la imprevisión; esta es la definición que se puede dar de la teoría de la imprevisión"[8].

El profesor LARROUMET, connotado civilista francés[9], considera que la Corte de Casación de su país debe modificar su férrea posición y permitir la revisión de contratos privados conforme a la teoría de la imprevisión, porque "la voluntad de los contratantes no se puede aislar de las circunstancias económicas y sociales en que se ha expresado [...]. Si esas circunstancias cambian, le falta el soporte socioeconómico *de la voluntad* y la voluntad no significa nada, pues no tiene base". Paradójicamente, habiendo tenido amplia recepción esta teoría en el derecho administrativo francés, el profesor anota que "en época reciente, el Consejo de Estado dejó de aplicar sistemáticamente la teoría de la imprevisión".

Lo importante es subrayar que el principio que se sentó en este importantísimo fallo es que el contratista que preste un servicio público tiene derecho a ser compensado cuando circunstancias que "sobrepas[aron] los límites extremos que las partes hubieran podido

[6] A lo largo del capítulo, la bastardilla que aparece en normas o citas ha sido agregada por el autor.

[7] CHRISTIAN LARROUMET, *Teoría general del contrato,* vol. I, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 328-338.

[8] MAURICE HAURIOU, *Recueil Général des lois et des Arrêts* III, 1916, pág. 17.

[9] LARROUMET, *op. cit*., nota 7, pág. 332.

visualizar al momento de celebrar el contrato trastornaron totalmente la economía de[l] contrato".

B) *Inglaterra*

La teoría de la imprevisión se concibió en Francia sobre todo para aliviar al deudor de la obligación no dineraria. Es decir, se parte del supuesto de que lo que se vuelve excesivamente oneroso es cumplir con la obligación de fabricar una cosa, ejecutar una obra o prestar un servicio. En Inglaterra, en cambio, unos pocos años antes del nacimiento de la teoría de la imprevisión, nacía otra teoría, igualmente trascendental, aplicable para el caso contrario: para aliviar al deudor de la obligación dineraria. En este evento el equilibrio del contrato se rompe, no porque la prestación no dineraria aumente de valor, sino porque lo pierde todo.

Este segundo concepto se aplica en los países del *common law* bajo el nombre de la *doctrina de la frustración*. La doctrina nació en Inglaterra en 1903, en los llamados Casos de la Coronación[10], que surgieron a raíz de que, por la enfermedad de Eduardo VII, se cancelaron los desfiles programados para su coronación. Los ingleses, que llevaban sesenta y ocho años sin ver un evento similar, habían pagado o se habían comprometido a pagar enormes sumas para tomar en arriendo inmuebles por donde iban a pasar las procesiones. En el caso más famoso, *Krell v. Henry*[11], este prometió entregarle a aquel el equivalente actual de diez mil dólares por ocupar su piso, el 26 y 27 de junio de 1902. Cancelados los desfiles, el propietario exigió el pago, pues el contrato se había pactado para usar el inmueble en determinados días, pero no específicamente para ver un desfile.

En el *common law* es tan sacrosanto el principio del *pacta sunt servanda,* que se le denomina "sanctity of contract". Tan sagrado es cumplir lo pactado, que se aplica aún si el contrato se vuelve imposible. Solo en 1863 se modificó este precedente centenario, en un caso[12] en que se había incendiado el teatro donde se iba a presentar un artista, que reclamó de todas maneras su pago. La Corte sentó entonces un nuevo precedente: si el contrato se vuelve imposible de cumplir por haber

[10] Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato,* Madrid, Tecnos. 1968, págs. 45-49.

[11] *Krell v. Henry,* 2 K.B. 740 (C. A. 1903)

[12] *Taylor v. Caldwell,* 3 Best & S, 826 (King's Bench 1863).

dejado de existir un *estado de cosas* que las dos partes contratantes asumieron como el *fundamento del contrato,* no hay incumplimiento. Este principio de la imposibilidad fue el que se invocó en *Krell v. Henry*, pero la doctrina ha criticado su aplicación a este caso, porque ni era imposible para Henry pagar ni era imposible para Krell dejar usar su piso en los días contratados.

Lo singular de *Krell v. Henry* es que el juez consideró que la imposibilidad de cumplir no se debía limitar a casos de destrucción de la cosa, sino que en todo contrato había una condición implícita de que se mantuviera el *estado de cosas* que constituyeron el *fundamento del contrato*: "[...] ambas partes consideraron, como fundamento del contrato, que se realizara la procesión en los días anunciados [...]; creo que no se puede razonablemente suponer que las partes hayan contemplado cuando celebraron el contrato que la coronación no iba a tener lugar en los días anunciados [...]; y creo que las palabras que imponen al demandado la obligación de aceptar y pagar por el uso de esas habitaciones en los días citados, aunque generales e incondicionales, no se usaron con referencia a la posibilidad de que ocurriera la particular contingencia que posteriormente ocurrió"[13].

Aunque la doctrina también considera equivocado haber aplicado el peligroso concepto de las *condiciones implícitas,* el principio que surgió de los numerosos pleitos que se presentaron por estos hechos sigue resonando hoy: que cuando por circunstancias imprevistas la prestación no dineraria pierde su valor, el deudor de la obligación dineraria queda excusado de cumplir.

Con la doctrina de la frustración, Inglaterra formuló, entonces, dos aportes al derecho: 1) previó una solución para la eventualidad de que el equilibrio de un contrato se rompa por la pérdida de valor de la prestación que se recibe; y 2) planteó como principio para justificar la terminación de un contrato devenido inútil para el propósito deseado, la alteración del *fundamento del contrato*.

C) *Italia*

Fue el primer país que le introdujo a su Código Civil el tema de la imprevisión, y lo hizo bajo el nombre de *excesiva onerosidad.* Aunque en la misma Italia, y en Francia y otros países europeos, se habían adoptado

[13] Todas las traducciones del inglés de este artículo, salvo las de los *Principios de Unidroit*, son del autor.

leyes específicas para resolver situaciones de excesiva onerosidad que surgieron como consecuencia de las dos guerras mundiales, Italia adoptó en 1942 un nuevo Código Civil, cuyo artículo 1467 incluyó la imprevisión así: "En los contratos de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por verificarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos en el artículo 1458. La resolución no puede ser demandada si la excesiva onerosidad subsiguiente ha entrado dentro [*sic*] del álea normal del contrato. La parte contra la cual se ejerce la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

A pesar de que la teoría de la imprevisión nació en Francia, fue Italia la que inspiró a Colombia cuando decidió incorporarla a su Código de Comercio de 1971. Como se verá, el artículo 868 del Código colombiano es, con una salvedad, prácticamente igual al artículo 1467, por lo cual, al examinar en detalle la norma colombiana, como se hará en el numeral 7, habremos también analizado los temas principales que surgen del precepto italiano.

3. La experiencia de otros países

Con las tres formulaciones anteriores, Francia, Inglaterra e Italia sentaron las bases para que otros países acogieran, de una u otra manera, la teoría de la imprevisión. La forma como la han adoptado sirve en Colombia para encontrar respuestas a dudas que la doctrina plantea sobre algunos aspectos de la imprevisión. Entre estos países destacan:

A) *Alemania*

Como nación que durante la primera mitad del siglo xx sufrió las más grandes crisis del planeta —dos guerras mundiales y largos períodos de hiperinflación que no se habían conocido en la historia—, era obvio que se hubiera ocupado en el tema. Así lo hicieron importantes doctrinantes —Oertmann y Larenz, entre otros— que centraron la imprevisión sobre un presupuesto similar al concepto inglés del fundamento del contrato, y que estos autores denominaron la *base del negocio*. Larenz la define como "aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a

una, sino a ambas partes. Si la representación no se realiza, cada una de las partes ha incurrido en un «error en los motivos», que se refiere a una situación de hecho por ambas admitida, o sea, a una presuposición común a ambas"[14].

Este concepto quedó consagrado en la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de Alemania, adoptada en 2001, en los siguientes términos:

"§313 Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración y las partes no habrían celebrado el contrato o lo habrían celebrado de otro modo de haber previsto tal alteración, puede exigirse una adecuación del contrato, en la medida en que, consideradas todas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos, la sujeción al contrato originario no sea exigible a una de las partes. La falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre el contrato y que constituyeron su fundamento equivale a una alteración esencial de las circunstancias. Si la adecuación del contrato no es posible o no es exigible, la parte perjudicada puede resolver el contrato. En las relaciones jurídicas de tracto sucesivo, en lugar de la resolución, rige lo dispuesto para la denuncia".

B) *Estados Unidos de América*

Como país del *common law,* adoptó de Inglaterra el concepto de la frustración, formulado así en el *Restatement of Contracts*[15]: "Cuando la base sobre la cual dos partes celebran un contrato presupone que se va a realizar el objetivo o efecto deseado por una de ellas, y ese objetivo o efecto se ve, o seguramente se va ver, frustrado, el deudor de la prestación, que no ha tenido culpa en causar la frustración, y que se ve perjudicado por esta razón, queda excusado de la obligación de cumplir la prestación, a menos que aparezca una intención en contrario".

Este país prevé también, en norma positiva, el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente, consagrado en el *Uniform Commercial Code* de 1952, bajo el nombre de *impracticabilidad.* Su capítulo 2 (sobre

[14] LILY R. FLAH y MIRIAM SMAYESVSKY, *La teoría de la imprevisión: aplicación y alcances. Doctrina. Jurisprudencia,* 2ª ed., Buenos Aires, Edic. Depalma, 2002, pág. 270.

[15] El *Restatement* es una codificación privada hecha por el American Law Institute de los principales principios del *common law* en distintas áreas del derecho: contratos, bienes, responsabilidad civil, etc.

compraventa) contiene un artículo, el 2-615, que fue invocado en los famosos casos del uranio de la Westinghouse[16]: "La demora en la entrega o la falta de entrega total o parcial de parte del vendedor [...] no constituye incumplimiento de sus obligaciones bajo un contrato de venta si la ejecución del mismo en la forma convenida se tornó impráctica por el advenimiento de una contingencia cuya no ocurrencia fue presupuesto básico para la celebración del contrato, o por el cumplimiento de buena fe de una norma u orden gubernamental nacional o extranjera aplicable, aunque después se demuestre que era inválida".

C) *Argentina*

Como era de esperarse, al adoptar Argentina la teoría de la imprevisión, se inspiró en el Código italiano. En efecto, en 1968 le introdujo la siguiente modificación al artículo 1198 de su Código Civil: "En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

Nuevamente, como se señaló sobre Italia, al analizar en el numeral 7 el art. 868 del Código de Comercio colombiano, se harán referencias a la norma Argentina.

D) *Unidroit*

Los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales consagran la excesiva onerosidad bajo el nombre de *hardship*. Los Principios, que realmente son un compendio del derecho contractual moderno, son hoy una guía invaluable no solo para la contratación internacional, sino para resolver problemas que las normas internas de

[16] Juan Caro Nieto, "La imprevisión: una teoría que se plantea pero no se aplica", en *Estudios de derecho privado*, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, págs. 239-275.

los países no incluyen o no regulan de manera adecuada a las necesidades de los tiempos[17].

El artículo clave es el 6.2.2:

"Hay «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

"a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

"b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

"c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

"d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja".

Los Principios, que buscan ser aceptables en todos los países, y muy especialmente en los que vienen de las dos grandes vertientes, el *Civil Law* y el *Common Law*, conjugaron en una sola norma las dos concepciones sobre desequilibrio causado por circunstancias sobrevinientes: la excesiva onerosidad del *Civil Law* y la frustración del *Common Law*. De ahí que el *hardship* puede ocurrir, bien porque "el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado", o bien porque "el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido".

4. Excesiva onerosidad frente a la frustración

Los Principios de Unidroit no son los únicos que conciben bajo una misma figura tanto la excesiva onerosidad como la frustración. Esto también está consagrado en los Principios para el Derecho Contractual Europeo[18], está implícito en la norma adoptada por Alemania y está planteado expresamente en España, cuya Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones

[17] Para un análisis de cómo los principios de Unidroit ayudan a aplicar mejor la teoría de la imprevisión en Colombia, véase: Caro Nieto, *op. cit.,* nota 16.

[18] Art. 6111. Véase: Julio César Rivera Rivera, "La teoría de la imprevisión: estudio comparativo entre algunas legislaciones latinoamericanas", en Jorge Oviedo Albán (Coord.). *Contratos. Teoría general, principios y tendencias,* 2ª ed, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, págs. 361-391.

y Contratos (2009) consagra la imprevisión en forma que resume muy bien los principios básicos desarrollados en Francia, Inglaterra, Italia y Alemania.

"Art. 1213. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".

La doctrina española concibe la *frustración* como "la pérdida de sentido y de razón de ser de la prestación", lo cual ocurre "cuando no puede satisfacer el interés del acreedor, bien porque es imposible alcanzar el fin pretendido o bien porque el fin ya ha sido alcanzado por otros medios"[19].

En Colombia generalmente no se considera un caso de excesiva onerosidad que la contraprestación pierda su valor. Se podría ampliar en este sentido el artículo 868, pero se debe proceder con cuidado pues hay distintos matices entre una y otra figura: en la excesiva onerosidad, el deudor quiere cumplir pero no puede, mientras en la frustración el deudor puede cumplir pero no quiere. En la excesiva onerosidad el deudor quiere mantener el contrato, mientras en la frustración quiere aniquilarlo. En la excesiva onerosidad las prestaciones ya cumplidas no se afectan, mientras en la frustración se busca privar de todo efecto el contrato. El sustrato moral también es muy distinto: una es la posición del deudor que se esfuerza por seguir cumpliendo, no obstante las inmensas dificultades de hacerlo, y otra la del deudor que no quiere pagar porque la contraprestación se volvió inútil. Por tanto, resulta más claro seguir considerando separadamente las dos figuras.

[19] Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato,* Madrid, Tecnos, 1968, pág. 263.

Vistas, pues, en forma somera, las distintas concepciones que existen en el mundo sobre la imprevisión, conviene, ahora sí, analizar sus antecedentes en Colombia.

5. ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN COLOMBIA

La llamada Corte Admirable, de los años treinta, integrada por juristas de las más altas calidades —Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa, Liborio Escallón, Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Ángel, Arturo Tapias Pilonieta y Miguel Moreno Jaramillo— importó a Colombia, por vía jurisprudencial, instituciones que habían revolucionado el derecho privado francés. Principios como el de la buena fe, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa vinieron a llenar vacíos del Código Civil francés y, *a fortiori*, de los códigos que se inspiran en él, como el nuestro.

En 1971 esos principios, y otros, como la teoría de la imprevisión, fueron incorporados como norma expresa del Código de Comercio. A pesar de que en Francia, como se vio, los jueces civiles llevan un siglo rechazando todo intento de extender la teoría de la imprevisión a los contratos privados, en Colombia a partir de ese año la imprevisión dejó de ser una teoría, para convertirse en norma legal.

Hasta 1971 se citaban solo tres casos —de 1936, 1937 y 1938— en que la Corte Suprema de Justicia supuestamente aplicó esta teoría. Sin embargo, en ninguno de esos tres casos la Corte acogió la teoría; en ninguno era posible que la aplicara, y en ninguno los hechos justificaban siquiera mencionarla. Sin embargo, haberse referido a ella fue suficiente para que la Comisión Redactora del Código de Comercio afirmara en 1955 que la teoría de la imprevisión había sido admitida por la Corte Suprema "constante y repetidamente durante los últimos veinte años"[20]. Los más grandes doctrinantes colombianos —HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, EUSTORGIO SARRIA y ÁLVARO PÉREZ VIVES— fueron unánimes en proclamar que la Corte Suprema de Justicia había adoptado inequívocamente la teoría de la imprevisión.

Es interesante, entonces, analizar estos tres casos porque en prácticamente todas las obras y artículos que se han escrito en este país sobre la imprevisión, estos casos se invocan *in extenso* como las tres grandes pruebas de que la teoría de la imprevisión se acogió en Colombia y de que desde entonces es un principio general de derecho colombiano.

[20] Comisión Redactora del Código de Comercio, "Exposición de Motivos y Proyecto de Ley sobre Contratos y Obligaciones Mercantiles", en *Revista Trimestral de Derecho Comercial,* núm. 10, Bogotá, 1955, pág. 36.

A) *Primer caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de octubre de 1936*[21] (*M. P. Liborio Escallón*)

Se trató de lo siguiente: en agosto de 1931 Tomás Muñoz recibió un préstamo de cinco mil pesos de un banco y se comprometió a repagarlo en ochenta cuotas trimestrales. Para garantizar el préstamo, Muñoz hipotecó dos predios. En septiembre le vendió otra propiedad a Emilio Hoyos, que, a cambio, se comprometió a repagar al banco las 61 cuotas que Muñoz aún le adeudaba (que ascendían a $ 4.598,15), y, hecho esto, a entregar a Muñoz, libres de hipotecas, los dos predios que este había hipotecado al banco. No obstante que Hoyos tenía quince años para cumplir sus obligaciones, repagó el préstamo en menos de diez meses y entregó los dos predios debidamente saneados. La razón por la cual pudo hacerlo fue porque, a los cinco meses de estos hechos, el Gobierno, para conjurar los efectos de la crisis económica mundial, que estalló en octubre de 1929 con el *crac* de Wall Street, expidió un decreto sobre deudas, que permitió a los deudores de los bancos repagar sus préstamos con cédulas expedidas por los mismos bancos. Hoyos repagó el préstamo con esas cédulas, que le costaron $ 1.447,78. El pleito surgió porque Muñoz pretendió que los $ 3.150,37 que se ahorró Hoyos en repagar la deuda se los debía pagar a él. La Corte negó esta pretensión bajo el argumento de que Hoyos no asumió una obligación de dar —pagar $ 4.598,15—, sino una obligación de hacer —entregar las fincas libres de gravámenes hipotecarios— y que esa obligación había sido cumplida cabalmente.

Ninguna de las partes invocó la teoría de la imprevisión ni alegó que se le había vuelto excesivamente oneroso cumplir. La Corte, "con el objeto de estudiar el problema por todas sus fases", resolvió analizar "si en este caso puede o no verificarse el llamado fenómeno de la imprevisión que da al juez intervención en la ejecución de los actos jurídicos". La Corte explicó brevemente la teoría de la imprevisión y dijo: "Aun cuando entre los modernos expositores de derecho existe discrepancia sobre la adopción de esta teoría y aun cuando en este fallo no se trata de su aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría

[21] *Gaceta Judicial*, t. 44, núms. 1918-1919, pág. 455.

solo se inspira en la idea del equilibrio contractual [...] Cualquiera que sea o llegue a ser el pensamiento de la Corte sobre esa teoría y sobre su aplicabilidad ante nuestra legislación, *queda visto que en el presente pleito no puede tal teoría desempeñar papel alguno"*.

De los hechos relatados salta a la vista la improcedencia de haber traído a cuento la teoría de la imprevisión. Concebida para hacerle frente a un cambio de circunstancias que torna excesivamente onerosa la obligación del deudor, se mencionó en un caso en que ocurrió todo lo contrario: que la obligación del deudor se tornó significativamente *menos* onerosa. De ahí el despropósito de la Corte al indagar si cabría aplicar la teoría de la imprevisión en este caso, pues ello la habría llevado al absurdo de revisar el contrato para volver la prestación tan onerosa como originalmente se previó.

Este caso ha pasado a la historia como el primero en Colombia en que se aplicó la teoría de la imprevisión, cuando es claro que no se aplicó ni podía aplicarse. Y, sin embargo, es un precedente importante porque desde entonces se cita repetidamente para proclamar que la teoría de la imprevisión solo se puede aplicar a contratos en ejecución y nunca a contratos ya cumplidos. Como se verá luego, esta exigencia, que concuerda con lo que prevén otras legislaciones, es, a la vez, parte de la causa para que la teoría de la imprevisión prácticamente no se haya aplicado en Colombia.

B) *Segundo caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 1937*[22] (*M. P. Juan Francisco Mújica*)

Este caso es aun más inapropiado que el anterior, porque no se refiere a una controversia de origen contractual, sino a una demanda de inexequibilidad contra varias leyes que se dictaron para conjurar los efectos de la crisis de 1929. "El problema aquí planteado", señaló la Corte, "es el de dilucidar, dados los fenómenos económicos que trajo la crisis mundial, y la necesidad, no discutida, de regularlos, si el legislador tenía la facultad para decretar la rebaja de intereses sin consideración a los pactados bajo el imperio de una ley anterior".

La Corte declaró exequibles las normas atacadas dentro de un contexto en que la teoría de la imprevisión, como mecanismo para reajustar contratos en curso que se han vuelto excesivamente onerosos, no podía tener ninguna relevancia.

[22] "G. J.", t. XLIV, núms. 1920-1921, pág. 613.

C) *Tercer caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 23 de mayo de 1938*[23] (*M. P. Arturo Tapias Pilonieta*)

La parte pertinente de los hechos relativos a la imprevisión es esta: Francisco Bravo en 1928 contrató a Pablo Rodríguez para que le manejara sus negocios en Medellín mientras él paseaba por Europa. Meses más tarde, le ordenó a Rodríguez que se rebajara el sueldo en cincuenta pesos mensuales, a lo cual este no accedió. Entre las partes se entabló un pleito sobre múltiples cargos, plasmados en la demanda y en la contrademanda, que fueron fallados, parte a favor de Bravo, y parte a favor de Rodríguez. Pero en el relativo a la imprevisión, el juzgado, y luego el tribunal, le dieron la razón a Rodríguez: "El demandante procedió conforme a derecho no rebajándose el sueldo, porque este hacía [*sic*] parte de un contrato, y una sola de las partes no puede romper, por su cuenta y riesgo, las obligaciones que le importan en una convención bilateral y conmutativa".

En casación, Bravo arguyó que el artículo 1602 del Código Civil "debe interpretarse sin perder de vista la teoría de la imprevisión y, aun más, sin perder de vista que el otro contratante haya obrado en virtud de deberes jurídicos superiores". En la sentencia no se citan esos "deberes", pero no tuvieron nada que ver con la crisis económica mencionada en las dos sentencias anteriores, porque los hechos de este caso ocurrieron un año antes del *crac* de 1929. Una vez más, la Corte rechazó tajantemente la aplicación de la teoría de la imprevisión: "[...] la cita del artículo 1602 del Código Civil para deducir de ese precepto la teoría de la imprevisión es completamente inoperante", y concluye, cerrando el círculo: "Cabe añadir, como observación final, que según lo dijo esta misma Corte en casación de 29 de octubre de 1936, la teoría de la imprevisión «no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos» [...]".

D) *Un cuarto caso: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de diciembre de 1936*[24] (*M. P. Eleuterio Serna*)

Esta sentencia se produjo mes y medio después de la del primer caso. Se trataba de Jorge R. Ortiz, que en agosto de 1933 celebró con el Ministerio de Correos y Telégrafos un contrato para el transporte de correos por los ríos de los Llanos Orientales y Arauca. En los pliegos

[23] "G. J.", t. XLVI, núm. 1936, pág. 523.

[24] "G. J.", t. XLIV, núms. 1918-1919, pág. 789.

se estableció que era de la esencia del contrato que el transporte se hiciera por embarcaciones de vapor, pero esta condición después se cambió por lanchas de motor.

El contratista tuvo innumerables problemas para cumplir. A los pocos meses le escribió al Ministerio que el contrato lo estaba llevando a la ruina: "De todo lo anterior se saca en conclusión: que el cumplimiento del contrato en todo lo que respecta a la navegación en lanchas a [*sic*] motor en el río Meta, mientras no haya una carretera hasta el Puerto, que permita el aprovisionamiento de combustible, es imposible por lo inseguro y lo excesivamente costoso [...]. Por lo tanto, debo manifestar la imposibilidad en que estoy de hacerlo en tal forma". Demostró además que se presentaron otra serie de vicisitudes, como inundaciones, caídas de puentes y una gran sequedad que impedía el uso de las embarcaciones.

Ante los hechos anteriores, ¿cómo aplicó la Corte la teoría de la imprevisión? No solo no la aplicó, sino que nunca la mencionó. Se limitó a decir: "No debe confundirse la imposibilidad o impotencia con la dificultad. Impotencia es el obstáculo invencible. Dificultad, el obstáculo que, sin ser insuperable, acrecienta, tal vez de modo enorme, el gravamen del deudor; y es máxima reconocida de doctrina y jurisprudencia que la dificultad no debe considerarse como caso fortuito". Y agregó: "[...] la fuerza mayor o el caso fortuito supone un acontecimiento que impide el cumplimiento de la obligación. De manera que no pueden considerarse como tal, las dificultades y aumentos de costo del transporte de correos, aunque materialmente estas lo hicieran más difícil y gravoso, y como consecuencia de ellas el contratista se llegara a ver privado de toda ganancia o aun expuesto a pérdidas de importancia".

La misma Corte, que en octubre había considerado pertinente analizar si en un caso en el que nadie reclamaba la excesiva onerosidad cabía aplicar la teoría de la imprevisión, en diciembre, en un caso en el cual los hechos eran absolutamente apropiados para discutir esta teoría, ni siquiera la mencionó.

E) *Reflexión sobre los casos de la Corte Admirable*

Con sorprendente falta de rigor, la teoría de la imprevisión fue traída a cuento por la Corte Admirable en tres casos en los cuales esa teoría no tenía nada que ver con los hechos debatidos. Y con la misma falta de rigor, los mejores tratadistas colombianos proclamaron, y siguen proclamando, que estos tres casos establecen los patrones para aplicar la teoría de la imprevisión en Colombia.

En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional[25] ha importado del *common law* la cardinal distinción entre la *ratio decidendi* de una sentencia judicial —la consideración normativa que constituye la razón necesaria para decidir el asunto, y que se convierte en precedente obligatorio para el futuro— y los *obiter dicta* —o "dichos al pasar"—, que ilustran o adornan la sentencia, pero que no son de obligatoria aplicación en casos futuros. Sobre esta base se puede concluir que ninguna de las tres sentencias citadas constituye precedente para la aplicación en Colombia de la teoría de la imprevisión, no solo porque en ninguna la decisión se apoyó en esa teoría, sino porque en cada una de las tres la Corte expresamente aclaró que la teoría de la imprevisión no tenía cabida alguna. La imprevisión no solo no fue la *ratio decidendi* de ninguno de estos tres fallos, sino que no constituyó siquiera *obiter dicta*. Se trató de simples injertos académicos, muy comunes en las decisiones de las Altas Cortes, pero totalmente divorciados de la realidad de los casos y, por tanto, sin ningún valor jurisprudencial.

Pretender aplicar en Colombia la teoría de la imprevisión sin necesidad de darles cumplimiento a los requisitos del artículo 868, apoyados en la idea de que la imprevisión es un principio general de derecho acogido por la Corte Suprema que se puede aplicar ignorando la norma positiva que lo consagra[26], no puede tener sustento en ninguna de estas tres sentencias.

6. La imprevisión en el derecho positivo

Como ya se anotó, la teoría de la imprevisión fue incorporada al derecho privado colombiano por medio del artículo 868 del Código de Comercio de 1971, que establece: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

[25] Corte Const., sent. SU 047 de 1999.

[26] Para una defensa de esta tesis, véase: William Jiménez, *Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al "Nuevo Derecho" en el sistema jurídico colombiano,* Tesis de Maestría, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2004, pág. 281. Disponible en *http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/TESIS%20MODIFICADA.pdf*

”El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

”Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

El Código Civil no prevé la teoría de la imprevisión, pero esta se aplica a contratos civiles por analogía (ley 153 de 1887, art. 8º). Tampoco la consagra el derecho administrativo, pero el artículo 13 de la ley 80 de 1993 establece que los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, una de las cuales es el artículo 868. Y el derecho laboral la acoge para convenciones colectivas, las cuales, según el artículo 480 del Código Sustantivo de Trabajo, son revisables “cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica”.

7. REQUISITOS PARA APLICAR LA IMPREVISIÓN

Del artículo 868 y de la jurisprudencia y doctrina en torno al tema se desprende que para aplicar en Colombia la teoría de la imprevisión es necesario acreditar por lo menos diez requisitos: 1) que se altere el equilibrio entre las prestaciones de las partes; 2) que la alteración sea tan grave que para una de ellas resulte excesivamente oneroso cumplir; 3) que la alteración sea producida por circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato; 4) que las circunstancias sean extraordinarias; 5) que las circunstancias sean imprevisibles; 6) que las circunstancias no sean parte del riesgo que el afectado acordó asumir; 7) que las circunstancias no sean producidas por negligencia del afectado; 8) que el contrato no sea de ejecución inmediata sino de ejecución sucesiva, periódica o diferida; 9) que el contrato no sea aleatorio; 10) que la prestación cuya revisión se solicita esté pendiente de cumplir.

A) *Que se altere el equilibrio entre las prestaciones de las partes*

En todo contrato oneroso las dos partes dan por sentado que sus prestaciones son conmutativas, es decir, “cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte

debe dar o hacer a su vez [...]"[27]. Si por hechos posteriores al contrato esa equivalencia se trastorna, la parte afectada puede buscar que el juez la restablezca. Pero la premisa para que pueda invocar la teoría de la imprevisión no es simplemente que se haya vuelto más oneroso cumplir una prestación, sino que se haya *alterado* gravemente el equilibrio entre el valor de la prestación que se da y el valor de la prestación que se recibe. Si las dos prestaciones se tornan excesivamente onerosas pero no se produce un desequilibrio en su equivalencia, no se puede apelar a la teoría de la imprevisión.

Para establecer el desequilibrio, "lo que cuenta no es la prestación en sí misma sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio"[28].

B) *Que la alteración sea tan grave que para una de las partes resulte excesivamente oneroso cumplir*

¿Qué es una onerosidad *excesiva*? La doctrina propone criterios como los siguientes: hacer cumplir la prestación en la forma pactada constituiría una flagrante injusticia; los acontecimientos sobrevenidos deben ser de tal gravedad que hagan intolerable la carga de la obligación para una de las partes, además de injusta y desorbitante en vista del cambio de circunstancias; sería contrario a la buena fe someter a una de las partes al cumplimiento estricto y desproporcionado, que ya no implicaría mantener lo pactado, sino desnaturalizar la esencia del contrato como fue concluido; se trata de un grave menoscabo en el acto jurídico vinculante entre una parte y la otra que se traduzca en una onerosidad sobreviniente groseramente repugnante a la equidad. O como, en forma menos emocional pero más diáfana, lo expuso el célebre magistrado inglés, Lord Denning[29], en famoso fallo[30]: "El hecho de que la prestación se haya vuelto más onerosa o más costosa para una parte de lo que ella había previsto no es suficiente para dar

[27] C. C., art. 1498: "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta [*sic*] de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

[28] Ricardo Luis Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos,* 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, págs. 241-250.

[29] Lord Denning, *The Disacipline of the Law,* 6ª ed., Londres, Butterworths, 1979, págs. 32-53.

[30] Caso *The Eugenia* [1964] 2 QB, 226.

lugar a la [imprevisión]. Debe ser más que simplemente más onerosa o más costosa. Debe ser positivamente injusto concluir que las partes se mantienen obligadas. Es difícil trazar la línea. Pero hay que hacerlo. Y es al juez al que le corresponde hacerlo, como principio legal".

La Corte Suprema de Justicia de Colombia por su parte ha dicho[31] que la *excesiva* onerosidad "[consiste] en un desequilibrio prestacional *cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo* [...]". En el numeral XII se analizará la sentencia en la que se consagró este criterio, y a lo largo de este escrito se extraerán de allí otros conceptos que definen con autoridad elementos fundamentales de la teoría de la imprevisión.

Uno de ellos, relacionado con la onerosidad, es este: ¿para medirla se tiene en cuenta la capacidad económica del deudor? Es decir, si un deudor puede asumir la agravación de sus prestaciones dada su solvencia y otro no, dada su penuria, ¿se tratarían en forma diferente los dos casos? La doctrina ha dicho que no, que lo que se debe examinar es "la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato y no un una relación patrimonial que *no entró en consideración* en el programa convencional en concreto. Considerar si la ejecución podría llevar a la ruina es un criterio insuficiente, puesto que en el caso del afectado de un gran patrimonio no hay peligro de ruina y sin embargo puede existir una excesiva onerosidad"[32].

En el mismo sentido, y con mayor claridad, se pronuncia la Corte en la sentencia arriba citada, al establecer que la onerosidad se predica "de toda la relación contractual, no de una prestación, y es ajena a la suficiencia o insuficiencia patrimonial, solvencia, liquidez o penuria de las partes, en particular de la afectada [...]. La imprevisión tampoco envuelve una imposibilidad [...] *las más de las veces ni siquiera una dificultad,* pues la prestación es susceptible de cumplir, el afectado podrá tener la suficiencia patrimonial para hacerlo, y la revisión procura evitar o corregir una situación injusta, inequitativa y contraria a la justicia contractual".

C) *Que la alteración sea producida por circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato*

No hay lugar, tampoco, a invocar la imprevisión si el desequilibrio existía al celebrarse el contrato. Es necesario que la conmutatividad

[31] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 febrero 2012, M. P. William Namén Vargas, ref. 1001-3103-040-2006-00537-01

[32] LORENZETTI, *op.cit*., nota 28, pág. 244.

se rompa por un hecho ocurrido después. "[...] las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional [h]an de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada [...] envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión *ex artículo* 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son «posteriores a la celebración de un contrato» [...]"[33].

En otras legislaciones (y bajo los Principios de Unidroit) se puede invocar la excesiva onerosidad si los hechos que la provocaron fueron anteriores al contrato pero ambas partes ignoraron sin culpa su ocurrencia. En el caso colombiano, sin embargo, la norma no da lugar a esta interpretación. Si las prestaciones quedaron gravemente desequilibradas cuando el contrato se celebró, podrá la parte afectada buscar protección en otras figuras, pero no en la imprevisión: "la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión [...]"[34].

D) *Que las circunstancias sean extraordinarias*

Este requisito es importante para prevenir que la imprevisión se invoque en casos frívolos. En todo contrato las partes tienen unas expectativas, y en muchos esas expectativas no se satisfacen como cada una lo previó. Pero aunque no se satisfagan, aceptar las consecuencias es el riesgo que cada parte afronta al contratar. Por eso, en aras de la seguridad jurídica, las normas que consagran la imprevisión imponen condiciones muy estrictas. Una de ellas, exigida en Italia, Argentina y Colombia, es que el equilibrio se altere por causas *extraordinarias*.

Por *extraordinario* se entiende algo anormal, que rara vez ocurre, que se aparta del curso ordinario de las cosas. Pero, como lo señala Lorenzetti, "lo ordinario y lo extraordinario no se fija [solo] en relación a los acontecimientos naturales, sino a lo que las partes *consideran* como tal, lo cual es fundamental en un contrato. El criterio para discernir

[33] C. S. de J., sent. de 21 febrero 2012, cit.

[34] *Ibid*.

cuándo algo es anormal está relacionado con dos elementos: En primer lugar, el origen del evento, ya que debe tratarse de una causa ajena, extraña a la conducta de las partes, como ocurre con las guerras, los actos gubernamentales, la inflación, el cambio de moneda. En segundo lugar, con la imprevisibilidad [...]"[35].

E) *Que las circunstancias sean imprevisibles*

Como lo señala LORENZETTI, lo extraordinario y lo imprevisible van unidos. Lo imprevisible es lo que no se puede prever empleando la debida diligencia. La *imprevisibilidad*, afirma, "se juzga conforme al paquete de informaciones disponibles al momento de contratar", teniendo en cuenta también "la *aptitud* para prever que tienen las partes en el caso". Las partes pueden pactar cláusulas que prevean quién soporta los riesgos, aun si son imprevisibles, caso en el cual se aplica el contrato. Pero si "no dispusieron quien soporta el hecho futuro imprevisible, actúa la imprevisión [...]"[36].

La interpretación de criterios subjetivos como los que consagra el artículo 868 —*extraordinario, imprevisible, excesivo, oneroso*— la tiene que hacer el juez, caso por caso. A tal fin es útil el artículo 4.3 de los Principios de Unidroit, que presenta una guía de circunstancias que sirven para interpretar criterios subjetivos en materia contractual. Tales circunstancias incluyen: las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que ellas hayan establecido entre sí, los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; la naturaleza y finalidad del contrato, el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos. Esta guía entra mayormente en juego cuando se trata de analizar, de acuerdo con el contrato, qué riesgos se entienden previsibles para cada parte.

En torno a la *imprevisibilidad*, el artículo 868 introduce confusión al establecer que las circunstancias deben ser "imprevistas *o* imprevisibles", como si bastara para aplicar esta teoría no haber tenido la precaución de prever lo que cualquier persona diligente hubiera previsto. La doctrina es casi unánime en considerar que las circunstancias imprevistas deben ser también imprevisibles. Es decir, si el riesgo era previsible y era razonable haberlo previsto, sufre las consecuencias quien por su negligencia no lo previó. Por el contrario, si el riesgo imprevisto no era previsible, la parte afectada tiene la posibilidad de invocar la imprevisión.

[35] LORENZETTI, *op. cit.,* nota 28, pág. 242.

[36] *Ibid*.

F) *Que las circunstancias no sean parte del riesgo que el afectado acordó asumir*

Aunque este requisito no está expresamente mencionado en el artículo 868, está presente en todo contrato. La teoría de la imprevisión surgió, como se dijo, para darle repuesta al problema de determinar quién debe asumir un riesgo que no quedó expresa o tácitamente asignado. Siendo el contrato un instrumento para distribuir los riesgos de una operación que dos o más personas se proponen realizar, cada parte sufre las consecuencias de que ocurra cualquiera de los riesgos que asumió. "Así las cosas, la teoría de la imprevisión solo cabe frente a ocurrencias extraordinarias respecto de las cuales las partes *no hayan hecho estipulaciones,* al momento de contratar, respecto de quién habría de asumir las consecuencias de su acaecimiento. En caso contrario, esto es, si los contratantes pactaron, dentro de la distribución de riesgos acordada, que por tal ocurrencia y por sus secuelas habría de responder una ellas, en este supuesto la parte afectada por el advenimiento del evento riesgoso en cuestión, no puede invocar la teoría de la imprevisión para así dejar de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder"[37].

El problema surge cuando no era razonablemente previsible que el riesgo pudiera ocurrir y no hay cláusula o norma que lo asigne. Por ejemplo, si en un contrato el precio se fija en dólares, cada parte sabe que la relación dólar/peso puede cambiar entre la fecha del contrato y la de pago. Pero ¿qué ocurre si se presenta una fuerte devaluación que las partes no previeron? ¿Quién asumió ese riesgo? ¿Lo asumió el comprador en la medida que se obligó a pagar en dólares? La respuesta, como en casi todos los casos, es que todo depende de las circunstancias. Si las partes pactaron el pago en dólares por conveniencia o atendiendo a un uso, el riesgo es el de la variación normal de la tasa de cambio. Pero si había temores de devaluación y el vendedor dio plazo al comprador con la condición de que pagara en dólares, el riesgo de su ocurrencia corresponde al comprador. Lo mismo pasa en todo contrato a largo plazo en que se pacta cláusula de indexación de los costos del contrato: el riesgo que asumen las partes es el de una modificación razonable de esos costos. Pero si suben exorbitantemente de manera que desbordan los índices pactados, no se puede decir que la parte afectada, al haber

[37] Tribunal de Arbitramento llevado a cabo en la Cámara de Comercio de Bogotá entre Empresa de Energía de Boyacá S. A. ESP v. Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. ESP, 21 octubre 2004.

pactado un índice para reajustar costos, asumió todos los riesgos inherentes al aumento de ellos.

Ahora bien, los riesgos que una parte asume no son solo los que se le asignaron expresamente en el contrato, sino también los que tácitamente aceptó, entendiendo por tales todos los riesgos previstos a su cargo en las normas que regulan el contrato y respecto de las cuales no se pactó nada en contra. Por ejemplo, en la compraventa mercantil, el riesgo de la pérdida de la cosa antes de su entrega lo asume el vendedor[38]. Si la cosa en efecto se pierde, el comprador no tiene que pagarla, a menos que las partes pacten que sí lo haría, caso en el cual el comprador debe pagarla porque expresamente asumió ese riesgo. Pero si la compraventa es civil, y nada se pactó al respecto, el comprador también tendría que pagarla, porque la norma supletiva[39] le asignó ese riesgo al comprador.

Los Principios de Unidroit expresamente exigen para la configuración del *hardship* que la parte en desventaja no haya asumido el riesgo de tales sucesos[40]. El comentario oficial sobre este punto anota: "Según el inciso (d), no existirá excesiva onerosidad (*hardship*) si la parte en desventaja ha asumido el riesgo de un cambio de circunstancias. El verbo «asumir» señala claramente la necesidad de una declaración expresa al asumir el riesgo, aunque también puede ser una consecuencia directa de la naturaleza del contrato. La parte que celebra un contrato para llevar a cabo una operación de especulación debe aceptar correr ciertos riesgos, aunque en el momento de celebrar el contrato no haya tenido una noción cabal del riesgo que asumía".

En síntesis: cabe aplicar la teoría de la imprevisión cuando el riesgo de las circunstancias extraordinarias no fue asumido expresa o tácitamente por la parte afectada, y cuando no era razonable haberlo previsto como riesgo a cargo de dicha parte.

G) *Que las circunstancias no se hayan producido por negligencia del afectado*

De nuevo, este requisito emana, no del artículo 868, sino de las reglas generales del derecho y se sintetiza en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans:* nadie puede invocar en su defensa su

[38] C. de Co., art. 929.

[39] C. C., art. 1876.

[40] Art. 6.2.2.

propia torpeza. Si las circunstancias que rompieron el equilibrio del contrato fueron causadas, provocadas, permitidas, toleradas o agravadas por la parte afectada, no podrá invocar en su beneficio la teoría de la imprevisión.

H) *Que el contrato no sea de ejecución instantánea sino de ejecución sucesiva, periódica o diferida*

Siendo el contrato de ejecución instantánea aquel en el cual la realización de las prestaciones debidas se lleva a cabo al momento de celebrar el contrato, y el de ejecución sucesiva aquel en el cual las obligaciones se van desenvolviendo continuamente en el tiempo, es obvio que el artículo 868 limite la aplicación de la teoría de la imprevisión a los segundos y la excluya de los primeros, pues el objetivo de esta figura es reajustar las prestaciones *futuras* que se tornaron excesivamente onerosas. Sin embargo, si en un contrato de ejecución instantánea, como el de compraventa, la entrega de la cosa o el pago del precio se difieren y en el ínterin ocurre un fenómeno que vuelve excesivamente oneroso cumplir, el contrato será de "ejecución diferida" y por tanto susceptible de ajuste por imprevisión.

La clasificación entre contrato de ejecución instantánea y contrato de ejecución sucesiva es también importante en cuanto a los efectos de la imprevisión, pues según el artículo 868, si el juez no puede ordenar el reajuste del contrato, la decretará la terminación, la cual solo se aplica a las prestaciones pendientes, dejando incólumes las ya cumplidas. "[L]a doctrina tradicional plantea así los efectos de la resolución por incumplimiento: si nos hallamos en presencia de un contrato de ejecución instantánea, la resolución afecta el contrato y, por consiguiente, las obligaciones nacidas de él; las cosas vuelven al estado que tuvieron antes del contrato; la resolución obra *ex tunc et nunc*. Si se trata por el contrario de un contrato de tracto sucesivo, la resolución (que toma el nombre de extinción o resiliación [o terminación]) obra solo para lo futuro: *ex nunc*"[41].

I) *Que el contrato no sea aleatorio*

El artículo 868 expresamente prohíbe que la teoría de la imprevisión se aplique a contratos aleatorios, es decir, a contratos en que la

[41] Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sección de Extensión Cultural, 1957, pág. 431.

equivalencia entre las prestaciones de las partes está sujeta a "una contingencia incierta de ganancia o pérdida"[42].

Tomando, de los tres contratos aleatorios que prevé el artículo 2282 del Código Civil, el de renta vitalicia, la parte que se obliga a pagar a otra una pensión periódica durante la vida de esa persona no puede alegar que el contrato se volvió excesivamente oneroso porque esa persona ha seguido viva más allá de su vida probable. De la misma suerte, si se previó el pago durante la vida del que paga la renta y este muere prematuramente, no puede el beneficiario alegar la excesiva onerosidad sobreviniente por la disparidad entre el capital que entregó y la renta que recibió a cambio. Y no puede hacerlo porque es inherente a la naturaleza del contrato el riesgo de que las prestaciones de las partes dejen de ser equivalentes, riesgo que ambas asumieron al escoger ese tipo de contrato.

Algunos autores consideran que cabe aplicar la imprevisión a los contratos aleatorios cuando el riesgo no era parte del *álea* del contrato, tal como lo establece el artículo 1198 del Código Civil argentino. En Colombia se podría llegar a la misma conclusión, pues si lo que busca la teoría de la imprevisión es definir quién debe asumir un riesgo que no se le asignó a ninguna de las dos partes, la ocurrencia de un riesgo por fuera de los que hacen aleatorio el contrato haría perfectamente viable aplicar el artículo 868.

J) *Que la prestación cuya revisión se solicita esté pendiente de cumplir*

Sobre ese punto la jurisprudencia es categórica: desde la primera sentencia, la de 29 de octubre de 1936[43], hasta la última, la ya citada de 21 de febrero de 2012[44], la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que si la prestación que se busca revisar ya se cumplió, o si el contrato que la establece ya se terminó, no hay entonces nada que se pueda revisar. La razón es obvia: lo que persigue esta figura, como se señaló, es que un juez reajuste las prestaciones que se volvieron excesivamente gravosas de cumplir, pero si esas prestaciones ya se cumplieron, no queda nada por reajustar.

En el numeral 12 se ahondará el tema: por lo pronto, baste señalar que el artículo 868 expresamente exige que las prestaciones sujetas a

[42] C. C., art. 1498, nota 27, *supra*.

[43] "G. J.", t. XLIV, núms. 1918-1919, pág. 455.

[44] C. S. de J., sent. de 21 febrero 2012, cit.

reajuste sean "las de futuro cumplimiento. Con esto se busca mantener la seguridad jurídica, toda vez que en el supuesto en que se pudiera alegar la imprevisión después de haber sido cumplida la obligación, se produciría inevitablemente un clima de inseguridad al conservarse el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor con posterioridad a la extinción de la obligación. La teoría de la imprevisión pretende evitar exorbitantes cargas para las partes en obligaciones no cumplidas y no la revisión de obligaciones ya ejecutadas buscando su reparación"[45].

Una interpretación de la teoría de la imprevisión que le permitiera a todo contratista que no colmó sus expectativas de ganancia pedirle al juez que revise retroactivamente las prestaciones ya cumplidas y ordene los reajustes que considere equitativos, abriría las compuertas para una avalancha interminable de pleitos.

8. Efectos de la imprevisión

El artículo 1467 del Código Civil italiano y el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, aunque casi idénticos en la concepción de la hipótesis, difieren en cuanto a sus efectos: mientras la norma italiana prevé que lo que la parte afectada tiene derecho a demandar es la resolución del contrato, resolución que la parte contraria puede impedir ofreciendo su reajuste, la norma colombiana prevé exactamente lo contrario: la parte afectada solo tiene derecho a pedir la revisión del contrato, y solo en caso de que esta no sea factible, el juez decretará su terminación.

Por eso la jurisprudencia colombiana ha establecido: "No es, pues, facultad del contratante que solicite la revisión, escoger entre el reajuste o la terminación; es el juez quien decide atendiendo las circunstancias y a las posibilidades que permita la equidad. Tampoco incide para una u otra solución el allanamiento o aceptación que formule el otro contratante. La posición inicial del reclamante se limitará a solicitar la revisión y será el juez, de acuerdo a [*sic*] lo observado, quien ordene la terminación o el reajuste, si ello es posible"[46]. Con la misma firmeza, la jurisprudencia argentina, al aplicar el artículo 1198 de su Código Civil, que, como se dijo, es similar al 1467 del Código italiano, ha negado que el afectado tenga acción autónoma para solicitar la revisión sin que la ofrezca el beneficiado.

[45] Laudo Arbitral citado en nota 37.

[46] C. S. de J., sent. de 21 febrero 2012, cit.

El que tanto la norma colombiana como las de Italia y la Argentina prevean una alternativa rígidamente excluyente —solo *revisar,* aquella, y solo *terminar,* estas—, puede llevar a resultados ilógicos. En Colombia, por ejemplo, casi todos los casos en que se ha invocado la imprevisión en los últimos quince años han girado en torno al agravamiento de los términos de repago de préstamos de vivienda a largo plazo, en donde quizá lo último que quiere el deudor es que le terminen el contrato y lo saquen de su casa. Si solo pudiera pedir la terminación, como en Italia y Argentina, estaría abocado a esto. Por el contrario, si en una obra el contratista considera ruinoso seguir y el dueño de la obra considera ruinoso parar la obra, ¿qué sentido tiene obligar a las partes a esperar a que un juez decida si reajusta el contrato?

Interpretación lógica de esta figura llevaría, en estos tres países, a la conclusión de que la parte afectada debe tener opción de pedir el reajuste o la terminación, según lo que más le convenga dentro de las circunstancias. Si el afectado quiere perseverar en el contrato, pedirá el reajuste que Argentina e Italia le niegan: si, como en Colombia, sabe que al cabo del largo proceso judicial o arbitral a que está abocado ya no quedarán prestaciones pendientes por revisar, pedirá de entrada la terminación, que le niega el artículo 868.

Hay en este tema otra importante diferencia: ¿cómo se procede al ajuste? Mientras que los códigos de Italia y Argentina establecen que es el acreedor el que debe proponer a su deudor la fórmula para mantener vivo el contrato, el Código colombiano determina que es el juez el que debe examinar las circunstancias y formular los ajustes que la equidad indique. La norma colombiana es menos lógica, pues ¿quién conoce mejor que las partes cómo se puede reajustar el contrato por ellas celebrado? ¿Qué conocimientos técnicos, económicos o financieros tiene el juez, qué experiencia lo habilita para reformular lo que las partes negociaron? En la práctica lo más lógico sería que el juez solicitara propuestas de reajuste a ambas partes, pero no es eso lo que se prevé en Colombia, donde, a diferencia de todos los países arriba analizados, se le asigna al juez una función para la cual no está, ni podría estar, capacitado.

9. Figuras jurídicas afines a la imprevisión

Conviene señalar en forma somera las figuras jurídicas que se suelen mencionar simultáneamente con la imprevisión: unas, como la fuerza mayor, la lesión enorme y el error, para diferenciarlas de aquella; y

otras, como la buena fe, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, para fundamentar la aplicación de esta teoría.

En cuanto a las primeras, la fuerza mayor y la imprevisión son muy afines: en ambas se presentan acontecimientos imprevistos, ajenos al control de las partes, que afectan la ejecución a cargo del deudor, pero se distinguen en que esos acontecimientos imposibilitan cumplir la prestación en el caso de fuerza mayor, mientras que no la hacen imposible pero sí excesivamente onerosa en el caso de imprevisión. De esto resulta una segunda diferencia anotada por la doctrina francesa: "La imprevisión se distingue de la fuerza mayor en que esta no puede conducir a un reajuste del contrato, sino únicamente a su suspensión o aniliquilación"[47].

Sin embargo, son tan afines la fuerza mayor y la imprevisión, que los Principios de Unidroit las diferencian, no por la intensidad del impedimento, sino por las intenciones del deudor: "Conforme a estos Principios, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*force majeure*) [...] pueden presentarse conjuntamente. En este caso, le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (*force majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias". Esta asimilación no cabe en Colombia, donde los dos conceptos son incompatibles. O la prestación es imposible o no es imposible de cumplir.

En cuanto a la lesión enorme y su limitada aplicación en Colombia, se asemeja mucho a la imprevisión en que en ambas hay un gran desequilibrio entre las prestaciones de las partes que se busca corregir en beneficio del afectado, pero se diferencian en cuanto al momento en que se produce el desequilibrio: en la imprevisión, como se ha visto, el contrato nace equilibrado pero se desequilibra por hechos ocurridos después de su celebración; en la lesión, en cambio, el contrato nace desequilibrado, lo que da lugar a una segunda y fundamental distinción: en la lesión, la parte que se beneficia ha sido generalmente instrumental en producir la ventaja indebida, en muchos casos aprovechándose de la dependencia, de la necesidad apremiante, de la penuria, de la

[47] Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. Les Effets du Contrat,* 2ª ed, Paris, LGDJ, 1994, págs. 310-360.

ignorancia, de la impericia o de la inexperiencia de la otra parte[48]; mientras que en la imprevisión no solo no hay esa disparidad entre las dos partes, sino que ambas deben ser totalmente ajenas a las circunstancias que producen el desequilibrio. Si alguna de ellas lo ha causado, no se puede hablar de imprevisión.

En cuanto al error, se asemeja a la imprevisión en que en ambos el deudor resulta obligado a cumplir o a recibir una prestación muy distinta de la que tuvo en mente al contratar, pero se diferencian, como en la lesión, en que el error se juzga al momento de contratar, mientras que en la imprevisión la disparidad resulta de hechos posteriores al contrato. Algunos doctrinantes consideran que la lesión es una forma del error, en la cual la parte que se beneficia se aprovecha de la otra; en cambio, en la imprevisión las partes son ajenas a las causas que dieron lugar al desequilibrio. La doctrina francesa agrega que tampoco "hay ningún error [...] en el hecho de no haber previsto un cambio de circunstancias"[49].

En cuanto a los principios generales de derecho que normalmente se invocan para fundamentar la teoría de la imprevisión, al quedar esta plasmada en norma positiva deja de ser necesario apelar a ellos para justificar su aplicación. Principios como la buena fe, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa o similares son relevantes, entonces, en países donde la teoría de la imprevisión no está consagrada en el derecho positivo, y la doctrina los recluta en apoyo de su esfuerzo para lograr que los jueces la reciban. Esto ya no se necesita en Colombia, no solo por la razón expuesta, sino porque cada uno de esos principios se plasmó también como norma positiva del Código de Comercio de 1971: el del abuso del derecho está consagrado en el artículo 830; el del enriquecimiento sin causa, en el 831, y el de la buena fe, que ya estaba en el 1603 del Código Civil, fue remozado en el 871. Por tanto, estas son hoy figuras autónomas, con sus propios perfiles, su propio campo de aplicación, y no tienen por qué ser entremezcladas con otras.

Si esto no hubiera ocurrido, si como en Chile no estuviera erigida la imprevisión en norma positiva, para justificarla sería necesario apelar a los principios arriba mencionados. Así lo han tenido que hacer la

[48] Para un análisis de este tema de acuerdo con los Principios de Unidroit, véase: CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ, "La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los Principios de Unidroit", en JORGE OVIEDO ALBÁN (Coord.). *Contratos. Teoría general, principios y tendencias,* 2ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, págs. 267-287.

[49] GHESTIN, *op. cit.,* nota 47, pág. 356.

jurisprudencia y la doctrina de ese país. Por ejemplo, varios autores chilenos sostienen que la imprevisión se apoya en el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 1546 de su Código Civil[50] (igual al 1603 del nuestro). La doctrina considera que no se cumpliría con este principio de la buena fe si una de las partes le exigiera a la otra un cumplimiento más gravoso que el que ambas previeron al momento de contratar[51].

La jurisprudencia no se ha quedado atrás. La Corte de Apelaciones de Santiago profirió una sentencia el 14 de noviembre de 2006 que, en opinión de un autor, "marca un hito fundamental en la evolución de la jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios respecto de la imprevisión [porque] reconoce cabida en Chile a tal instituto, alternando, de este modo y sustancialmente, el criterio que desde antiguo se siguió en la materia"[52]. Esta sentencia invocó varios principios generales de derecho en apoyo de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Por ejemplo, concluyó que no revisar las cláusulas de estabilización de precios implicaba un *abuso del derecho* al favorecer injustificadamente a una parte y perjudicar ostensiblemente a la otra[53]. Concluyó que constituye un *enriquecimiento sin causa* exigir a la constructora absorber los mayores gastos de la obra, pues eso equivale a "someterla a realizar una prestación no prevista, es decir, «no debida», que se encuentra fuera de la relación contractual vigente [...] lo que le ha significado una cuantiosa perdida, a diferencia [del dueño], que se ha visto enriquecido injustamente, situación que deberá ser revisada mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión"; y concluyó también "que *solo* habrá incumplimiento cuando no se realiza la prestación estipulada a la fecha del contrato y *no* habrá incumplimiento, porque no habrá obligación,

[50] "Art. 1546.—Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

[51] Esteban Pereira Fredes, "Sobre la teoría de la imprevisión", en revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas, *La Razón del Derecho*, Santiago de Chile, julio-diciembre de 2009, Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext*

[52] Enrique Alcalde Rodríguez, "Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión, un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 2, Santiago de Chile, 2007, págs. 361 a 372, disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000200008&script=sci_arttext*

[53] Pereira Fredes. Ver nota 51.

cuando no se ejecuta cualquiera otra prestación que deba realizarse por encima de lo previsto, y por ende acordado, en la fecha señalada"[54].

A ninguno de estos malabarismos jurídicos es necesario apelar en Colombia porque la imprevisión es ya una norma de derecho positivo, que no necesita ser justificada, apoyada, asimilada o encuadrada en otras figuras.

10. La imprevisión en el derecho administrativo

En Colombia, a diferencia de lo que ha ocurrido en el derecho privado, la teoría de la imprevisión se ha acogido con frecuencia en la contratación administrativa[55]. Ello se debe a que dicha teoría se concibió precisamente para reajustar contratos estatales, en los que hay un interés general de que no se interrumpan los servicios públicos.

Pero la norma administrativa fue más allá: la ley 80 de 1993 erigió el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos estatales en eje de la contratación administrativa. Así, el artículo 5º dispone que los contratistas tienen derecho "a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma [*sic*] no se altere o modifique durante la vigencia del contrato". Como consecuencia, los contratistas pueden pedir que "la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

A su turno, el artículo 27 ordena mantener "la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento [...]". Si bien la norma está redactada para incluir la

[54] Alcalde Rodríguez. Ver nota 52.

[55] "En los últimos años, se ha visto cómo la Sección Tercera del Consejo de Estado ha aplicado esta figura jurídica", señala el expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Jaime Alberto Arrubla, y cita dos casos: la sentencia de 29 mayo 2003, exp. 14577, y la sentencia de 4 septiembre de 2003, exp. 22952. Véase: Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil,* 13ª ed., Bogotá, Legis, 2012, págs. 157-175.

posibilidad de que la parte afectada sea la propia Administración, es bastante improbable que ello ocurra, pues el que puede ser afectado es quien tiene que asumir mayores costos para ejecutar obras o prestar servicios, que es el contratista privado.

De lo anterior se desprende que la situación de un contratista particular afectado por la ruptura del equilibrio económico de su contrato es muy distinta si su contraparte es el Estado, a si es otro particular. Frente al Estado, el reajuste procede aun cuando el desequilibrio no resulte de circunstancias extraordinarias, aunque la onerosidad sobreviniente no sea excesiva, y, lo que es más importante, aun cuando las prestaciones ya se hayan cumplido: le basta simplemente demostrar que el equilibrio se trastornó sin su culpa. En cambio, en la contratación privada debe acreditar que se cumplieron los rigurosos requisitos del artículo 868. Desde luego, si el contratista estatal quiere invocar la teoría de la imprevisión, puede hacerlo, pues como se vio, los contratos estatales se rigen por las disposiciones civiles o comerciales. Tendrá entonces que acreditar los diez requisitos que se analizaron en numeral 7.

Las normas que facilitan el reajuste del equilibrio de contratos estatales buscan darle la seguridad al contratista afectado de que si, a pesar de las dificultades, sigue adelante con la obra o servicio, la Administración lo compensará. En cambio, en el derecho privado no existe la misma justificación: no hay un interés ajeno al de las partes mismas para que el contrato se mantenga. Por eso, permitir que un juez modifique lo que ellas pactaron para que el contrato continúe es algo que solo se debe dar dentro de las especiales circunstancias previstas en el artículo 868.

Pero así como es más fácil buscar el restablecimiento del equilibrio en los contratos estatales que en los privados, a la Administración le interesa que sus contratistas no invoquen a la ligera la teoría de la imprevisión, y, sobre todo, como lo señala el Consejo de Estado, le interesa que no se sirvan de esta teoría para replantear negocios que les quedaron mal hechos o para obtener ventajas indebidas: "A manera de pedagogía jurídica y judicial, la Sala advierte que la jurisprudencia administrativa debe ser especialmente cuidadosa en la aplicación de la teoría de la imprevisión. No es admisible su aplicación a casos como el presente, en el cual los contratistas proponen precios excesivamente inferiores frente a los de la competencia, con el objetivo de tener éxito en el proceso licitatorio, para luego pedir su reajuste con el argumento de las crisis en las cuales frecuentemente se debate la economía del país"[56].

[56] C. de E., sent. de 19 junio 1996, exp. 4868, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

En síntesis: en la contratación administrativa no es necesario recurrir a la teoría de la imprevisión para lograr el reequilibrio de un contrato. La ley consagra de manera generosa el derecho a ese reajuste, siempre que la alteración no se haya provocado por acción u omisión del contratista.

11. IMPREVISIÓN Y LAS GRANDES CRISIS ECONÓMICAS

Escapa al alcance de este trabajo analizar situaciones como las sufridas por Alemania, Italia y Argentina, que han registrado exorbitantes procesos inflacionarios o sufrido grandes devaluaciones de su moneda frente a otras, desbordando en uno y otro caso los índices que habría sido razonable prever. En esos tres países y en otros[57], las víctimas han buscado alivio invocando la teoría de la imprevisión. En las primeras etapas de estas crisis, los casos se debaten individualmente en los juzgados. Pero cuando crecen las demandas, estos países han visto la necesidad de buscar soluciones generales.

Argentina, por ejemplo, ha registrado las peores y más frecuentes hiperinflaciones e hiperdevaluaciones del continente, que han dado lugar a numerosos pleitos amparados en la teoría de la imprevisión[58]. Pero en un punto, como ocurrió en su más reciente crisis, la del "corralito" de 2001, es necesario adoptar medidas de emergencia, como estas[59]: "A partir de la fecha del presente decreto quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen, judiciales o extrajudiciales, expresadas en dólares estadounidenses, o en otras monedas extranjeras [...] [Suspéndase] la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto [...]", etc.

El manejo apropiado de las grandes crisis causadas por la inflación o la devaluación no es, pues, dejar que se ventile en los juzgados cada

[57] Por ejemplo, en México la doctrina ha propuesto adoptar por ley la imprevisión "ante los inusitados vaivenes que han golpeado a nuestro país en los años recientes, una de cuyas principales manifestaciones han sido las incesantes devaluaciones y envilecimientos de nuestra moneda". ARTURO DÍAZ BRAVO, citado en VÍCTOR M. CASTRILLÓN Y LUNA, *Contratos mercantiles,* 5ª ed., México, D. F., Porrúa, 2011, págs. 21-31.

[58] FLAH y SMAYESVSKY, *op.cit.,* nota 14.

[59] Decr. 214 de 2002.

caso, sino adoptar una norma general que cobije todos los casos. En 1998, Colombia tuvo que apelar a algo similar.

El problema no fue de hiperinflación, aunque el país sí ha tenido largos períodos inflacionarios, como el de 1974 a 1994, con tasas promedio del 25 por ciento anual. Las consecuencias no han sido, sin embargo, manejadas según el artículo 868, pues las Altas Cortes han reiterado que en Colombia la inflación no es un fenómeno imprevisible. La gran crisis que se presentó fue provocada por los préstamos de vivienda del sistema UPAC, crisis que tuvo exactamente el mismo manejo que el de la Argentina: pleitos individuales al principio, y luego legislación para brindar una solución general.

En la sentencia que se analizará en el numeral 12, la Corte Suprema sintetizó así la crisis: "La Corte no desconoce el impacto descomunal generado en la población colombiana y el sistema financiero de la crisis presentada en 1998, al variar los factores para liquidar los préstamos en unidades de poder adquisitivo constante —UPAC— a largo plazo y destinados a la adquisición de vivienda, según la resolución externa número 18 de 30 de junio de 1995, proferida por la autoridad reguladora, mediante la cual fijó una fórmula de cálculo diferente, atándola al DTF, intereses promedio que pagan los bancos comerciales en los depósitos a término fijo, que, señaló con acierto el Tribunal, incrementó excesivamente las deudas tornándolas impagables, a punto de sobrepasar el valor de la vivienda financiada, suscitar en muchos casos su pérdida y un caos económico general, circunstancias públicas, notorias y reconocidas por el Estado"[60].

Ese caos fue tan devastador que la única manera de ponerle fin a la crisis fue, por el lado jurídico, declarar inconstitucional todo el sistema UPAC, como la Corte Constitucional lo hizo en la sentencia C-383 de 1999, complementada por las sentencias C-700 y C-747 de 1999, SU-846, C-955 y C-1140 de 2000, y por la sentencia de 25 de mayo de 1999 del Consejo de Estado. Y por el lado político y financiero, fue necesario legislar. Así, el Congreso, por instrucción de la Corte, adoptó una solución, contenida en ley 546 de 1999, que creó un mecanismo de préstamos de vivienda diferente del UPAC y ordenó que los préstamos afectados fueran reliquidados bajo el nuevo sistema. En cuanto a los innumerables procesos en curso, dicha ley dispuso: "Los deudores cuyas obligaciones se encuentren vencidas y sobre las cuales recaigan procesos judiciales [...] tendrán derecho a solicitar suspensión de los

[60] C. S. de J., sent. de 21 febrero 2012, cit.

mencionados procesos. Dicha suspensión podrá otorgarse automáticamente por el juez respectivo. En caso de que el deudor acuerde la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo, el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite"[61].

A pesar de que, por virtud de la ley 546, miles de procesos quedaron resueltos pues las entidades financieras procedieron en la forma ordenada, algunos deudores, no satisfechos con el arreglo, entablaron demandas. Unas pocas han llegado a conocimiento de la Corte Suprema y, aunque en todas es claro que la excesiva onerosidad fue causada por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, en ninguna la Corte ha accedido a aplicar la teoría de la imprevisión.

12. La imprevisión en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema

En un exhaustivo estudio concluido en octubre de 2004 sobre la teoría de la imprevisión y la posibilidad de aplicarla en Colombia de acuerdo con los postulados de lo que se ha denominado el nuevo derecho, su autor concluye[62]: "En concreto, el estudio realizado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los últimos cien años, respecto de la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*), indica que en potencia, la teoría de la imprevisión existe y es aplicable en el régimen legal colombiano. Sin embargo, no existe un solo caso real en la jurisdicción civil colombiana, que a nivel de Corte Suprema de Justicia haya hecho práctico tal postulado. Este hecho nos indica muy a las claras, que en la conciencia legal de los operadores jurídicos en Colombia, por lo menos respecto de los operadores jurídicos de derecho privado, no hay un convencimiento pleno, real y fundamentalmente eficaz, que la teoría de la imprevisión como principio general de derecho sea aplicable por encima del pacto expreso de las partes. Es decir, en Colombia se privilegia la cláusula *pacta sunt servanda* antes que la cláusula *rebus sic stantibus*".

Un análisis de las sentencias de la Corte Suprema producidas a partir de 2004 confirma la conclusión anterior. Debe, sin embargo, aclararse que lo que ocurre no es que al llegar a casación la Corte rechace la imprevisión, sino que esta ya había sido rechazada en la segunda

[61] Art. 42, parg. 3º, del cual se han omitido frases declaradas inconstitucionales

[62] Jiménez, *op. cit.,* nota 26.

instancia cuando no también en la primera; la Corte simplemente no ha encontrado razones para darle marcha atrás esas sentencias[63]. En términos generales, puede decirse que la Corte Suprema no ha accedido a aplicar la teoría de la imprevisión primeramente por razones procedimentales: errores en la técnica de casación[64], ausencia de pruebas[65] u otras faltas de este tipo[66]. Cuando la Corte se pronuncia de fondo, ha confirmado o bien que las prestaciones ya habían sido cumplidas[67], o bien que las circunstancias sobrevinientes no eran imprevisibles[68], o bien que la onerosidad no resultó excesiva[69].

De todos los casos de imprevisión que han llegado últimamente a la Corte Suprema, hay que subrayar el resuelto el 21 de febrero de 2012[70], con ponencia del magistrado William Namén Vargas, pues es, sin duda alguna, el análisis más completo que la Corte ha efectuado sobre el tema de la imprevisión en toda su historia.

Se trató de un proceso ordinario que Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino entablaron contra Granbanco S. A. en torno a un préstamo de vivienda bajo el sistema UPAC. La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que dio lugar al recurso de casación de los demandantes, fue sintetizada por la Corte así: "[...] el Tribunal después de sentar la sobreviniencia de las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, la

[63] Excepción a lo anterior es la sentencia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 3 febrero 2005 (M. P. Rodolfo Arciniegas Cuadros) en el ordinario de Mónica Quintero Acevedo y otro vs. Banco Colmena S. A., en la cual el Tribunal revocó la sentencia del *a quo* y declaró configurada la imprevisión.

[64] C. S. de J., Sala Civil, auto de 21 de enero de 2010, ref., exp. 88001-3103-002-2003-00042-01; C. S. de J., Sala Civil, auto de 20 septiembre 2012, M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, ref., 11001-31-03-030-2009-00479-01; C. S. de J., Sala Civil, auto de 9 agosto 2010, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, ref., 11001-3103-018-2002-00198-01.

[65] C. S. de J., Sala Civil, sent. de 28 julio 2009, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda, ref., exp. 6800131030052003-00199.

[66] C. S. de J., Sala Civil, sent. de 10 febrero 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos, ref., exp. 05001-22-13-000-2004-00395-01.

[67] C. S. de J., Sala Civil, sent. de 6 mayo 2008, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda, ref., exp. 0800131030062001-00132-01.

[68] C. S. de J., Sala Civil, sent. de 2 junio 2006, M. P. Silvio Fernando Trejos, exp. 00009-01.

[69] C. S. de J., Sala Civil, sent. de 21 febrero 2012, M. P. William Namén Vargas, ref., 11001-3103-040-2006-00537-01.

[70] *Ibid*.

extraneidad y el desequilibrio, repudió la imprevisión en la cuestión litigiosa al encontrar «que la crisis del sistema UPAC perduró hasta la entrada en vigencia de la ley 546 de 1999», y para entonces los demandantes no «incurrieron en mora, pues ellos mismos afirmaron con fuerza de confesión [que] solo en el año 2004, se les hizo dificultoso seguir cumpliendo con sus obligaciones». Para el juzgador la prestación «no resultó en exceso onerosa» [...] la demandante «sostuvo la capacidad de cumplimiento en la época crítica, pero incurrió en el no pago con posterioridad, cuando se habían puesto en vigencia los mecanismos legales para superarla, lo que hace» inaplicable la teoría de la imprevisión por orientarse «a readecuar las prestaciones a futuro, lo que ya se había hecho con la nueva ley 546 de 1999»".

La Corte estuvo de acuerdo con los planteamientos anteriores, y no casó la sentencia. A pesar de tratarse de otro caso en el que la Corte no dio cabida a la imprevisión, la sentencia debe convertirse en un referente imprescindible para toda futura aplicación de esta teoría, por varias razones:

1) Por el importante aporte didáctico de trazar en forma detallada, docta y documentada el origen de la teoría de la imprevisión y la historia de su aplicación en Colombia, y por explicar, con abundantes citas de las respectivas normas, de la doctrina más ilustrativa y de los casos jurisprudenciales más emblemáticos, la manera como se trata la imprevisión en otros países y bajo la *lex mercatoria* internacional (Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, y Principios del Derecho Europeo de Contratos).

2) Porque esta docta y documentada exposición doctrinaria se produjo en un caso en el que era perfectamente apropiado invocar la teoría de la imprevisión, a diferencia de las tres sentencias de la Corte de los años treinta, en las cuales los hechos nada tenían que ver con esa teoría.

3) Porque, como lo ilustran los apartes de la sentencia reproducidos en este capítulo, aclara importantes preguntas que se ha formulado la doctrina sobre la aplicación de la imprevisión bajo la ley colombiana.

4) Porque reitera el concepto de que en Colombia la teoría de la imprevisión solo permite reajustar prestaciones que estén pendientes de cumplir al momento de la sentencia que ordena el reajuste del contrato, concepto que, aunque da lugar al problema práctico que se analiza en el punto siguiente, es fundamental para salvaguardar la seguridad jurídica: "Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de

la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de «excesiva onerosidad», no admiten reclamación ni reparación por esta vía [...] tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico".

5) Porque sugiere, aunque no la explica al detalle, una solución al problema que surge de la conclusión anterior, y que, como se ha dicho, es una de las razones por las cuales la teoría de la imprevisión no ha prosperado en Colombia. El problema radica en que, siendo presupuesto básico de la imprevisión que el contrato se torna más difícil pero no imposible de cumplir, el deudor debe seguir ejecutándolo hasta que una sentencia en firme ordene el reajuste de las prestaciones pendientes. Como en Colombia el respectivo proceso, sea judicial o arbitral, toma varios años, el deudor queda ante una grave encrucijada: si continúa ejecutando el contrato, se expone o bien a que cuando se dicte sentencia ya no queden prestaciones por ajustar, o bien, como sucedió en este caso, se concluya que si las siguió cumpliendo fue porque no eran excesivamente onerosas; y si lo suspende, se expone a que lo condenen por incumplimiento del contrato en cuanto a las prestaciones que ha debido ejecutar durante el trámite del pleito.

¿Qué hacer? La Corte sugiere lo siguiente: "[...] juzga la Sala que, reclamada la revisión antes y *hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada,* no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, *no a través* [*sic*] *de la imprevisión,* sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual".

Cabe preguntarse, ¿cuáles son esas otras vías, distintas del artículo 868, que permiten en Colombia reajustar un contrato de derecho privado? La Corte no lo explica con exactitud, pero lo sugiere al hablar del reajuste de contratos aleatorios que, aunque tampoco puede hacerse mediante la imprevisión, cabe revisarlos "a través [*sic*] de los otros mecanismos singulares" que pueden ser "ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual [...]". Si esto no se logra, la Corte considera que la parte afectada puede solicitar "la reparación del daño experimentado con la sustracción o renuencia injustificada a

corregirlo en quebranto de la fuerza vinculante del pacto, y del deber legal de corrección, lealtad y buena fe".

De lo anterior se colige que en Colombia lo máximo que podría esperar un deudor que no logra que el acreedor acceda a reajustar el equilibrio económico roto es pedirle al juez que decrete la terminación del contrato y condene al acreedor al pago de una indemnización de perjuicios por su "renuencia injustificada" a reajustarlo.

13. CONCLUSIONES

1) La imprevisión ha dejado de ser una rara excepción o una simple teoría: hoy está consagrada como norma legal en los países jurídicamente más avanzados del mundo. Aquellos como España, México y Chile, que aún no la han adoptado como norma positiva, la tienen muy analizada en su jurisprudencia y doctrina.

2) A partir de 2012 el país cuenta con una importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia, la tanta veces citada decisión de 21 de febrero de 2012 (M. P. William Namén Vargas)[71], que en forma exhaustiva explora todos los temas relativos a la teoría de la imprevisión. Los tribunales y juzgados, los litigantes y estudiosos, todos los que lleguen a tener algún interés en el tema, habrán de acudir a esta sentencia como fuente obligada de consulta.

3) La aplicación de la teoría de la imprevisión debe estar sujeta a rigurosos requisitos, pues dispensar fácilmente al que alegue que cumplir se tornó más oneroso derrumbaría uno de los pilares básicos de todo sistema de derecho: que los contratos se deben honrar. Uno de esos requisitos, sin embargo, aunque necesario, hace impracticable la imprevisión en Colombia, dada la lentitud de su aparato judicial: la exigencia de surtir todo un proceso ordinario (hoy declarativo) para que se puedan revisar las prestaciones que sigan pendientes de cumplir. Esto vuelve inútil la figura de la imprevisión, pues normalmente un contrato en curso no se puede paralizar mientras se surte ese proceso. Por eso hay que prever una manera más ágil de involucrar al juez. El recién adoptado Código General de Proceso[72] no introdujo ningún cambio al respecto, lo que sugiere que aún no se ha analizado bien por qué la teoría de la imprevisión, casi ochenta años después del primer caso en que se invocó y no se aplicó, sigue sin aplicarse.

[71] C. S. de J., sent. de 21 febrero 2012, cit.

[72] Ley 1564 de 12 julio 2012.

14. Bibliografia

Arrubla Paucar, Jaime Alberto: *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil,* 13ª ed., Bogotá, Legis, 2012.

Bonivento Jiménez, Javier: "Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano", en: *Estudios de derecho privado*, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

Caro Nieto, Juan: "La imprevisión: una teoría que se plantea pero no se aplica", en: *Estudios de derecho privado*, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

Carranza Álvarez, César: "La excesiva desproporción prestacional en el Contrato a través de los Principios de Unidroit", en: Jorge Oviedo Albán (Coord.). *Contratos. Teoría general, principios y tendencias,* 2ª ed., Bogotá, Editorial Ibáñez, 2011.

Cassin, R. y Waline, M.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 5ª ed., Paris, Sirey, 1969.

Castrillon Luna, Víctor M.: *Contratos mercantiles,* 5ª ed., México, D. F., Porrúa, 2011.

Castro Ayala, José Guillermo: *De la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos de mutuo pactados en UPAC,* Bogotá, Ediciones Jurídicas G. Ibáñez, 2005.

Comisión Redactora del Código de Comercio: "Exposición de Motivos y Proyecto de Ley sobre Contratos y Obligaciones Mercantiles", en: *Revista Trimestral de Derecho Comercial*, 1955.

Corchuelo Bernal, Claudia Patricia: "*Teoría de la imprevisión".* en: Marcela Castro de Cifuentes (Coord.). *Derecho de las obligaciones*, t. I, Bogotá, Universidad de los Andes-Edit. Temis, 2009.

Denning, Lord: *The Discipline of the Law,* 6ª ed., Londres, Butterworths, 1979.

Espert Sanz, Vicente: *La frustración del fin del contrato,* Madrid, Tecnos, 1968.

Flah, Lily R. y Smayesvsky, Miriam: *La teoría de la imprevisión: aplicación y alcances. Doctrina. Jurisprudencia,* 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2002.

Ghestin, Jacques: *Traité de droit civil. Les effets du contrat,* 2ª ed., Paris, LGDJ. 1994.

Larroumet, Christian: *Teoría general del contrato,* vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1999.

Lorenzetti, Ricardo Luis: *La emergencia económica y los contratos,* 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO: *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Sección de Extensión Cultural, 1957.

PINO, AUGUSTO: *La excesiva onerosidad de la prestación,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1959.

RIVERA, JULIO CÉSAR: "*La teoría de la imprevisión: estudio comparativo entre algunas legislaciones latinoamericanas",* en: JORGE OVIEDO ALBÁN (Coord.), *Contratos. Teoría general, principios y tendencias,* 2ª ed., Bogotá, Editorial Ibáñez, 2011.

Internet

ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE: "Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión, un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 2, Santiago de Chile, 2007. Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000200008&script=sci_arttext*

JIMÉNEZ, WILLIAM: *Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al "Nuevo Derecho" en el sistema jurídico colombiano* (Tesis de Maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2004. Disponible en *http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/TESIS%20MODIFICADA.pdf*

PEREIRA FREDES, ESTEBAN: "Sobre la teoría de la imprevisión", en: revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas *La Razón del Derecho*, Santiago de Chile, julio-diciembre de 2009.

Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200002&script=sci_arttext*

Capítulo V

Ineficacia del acto jurídico

Alonso Paredes Hernández*

Como concepto general, la ineficacia del acto jurídico es aquella circunstancia particular por la que un determinado vínculo de carácter obligatorio pierde sus efectos característicos y se extingue de manera irregular. En efecto, del nacimiento de la obligación surge un deber de conducta a cargo de las partes, el cual debe ser satisfecho con la ejecución de las prestaciones, y este debe ser el fin ordinario y normal de los actos y contratos. Es así como al formarse el acto jurídico, la finalidad primordial que recae en las partes es la de buscar la extinción de la obligación como consecuencia del pago de las prestaciones debidas. Es el pago la forma natural de extinción del vínculo obligatorio, y no las otras causas, por lo que puede sobrevenir la ineficacia del acto jurídico.

La ineficacia del acto o contrato sobreviene, no por una nueva declaración de voluntad de los obligados, sino por la intervención extraña del juez que extingue los efectos de las obligaciones por un medio inesperado y atípico. Por este motivo, el concepto de la ineficacia de los actos y contratos requiere un examen cuidadoso, para entender el marco legal que permite que se frustren los fines naturales del contrato.

Para efectos de la exposición del tema, analizaremos en primer término las condiciones para la existencia del acto jurídico y luego las condiciones de validez. La segunda parte tratará del concepto de la

* Abogado y especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, socio de la firma Cahn-Speyer Paredes y Asociados desde 1981. Profesor de la Universidad de los Andes por más de quince años, en las áreas de Derecho Civil y Comercial, y en los programas de postgrado de Contratación Internacional y Comercial. Se ha dedicado fundamentalmente a la asesoría comercial en transacciones multinacionales, y ha participado como árbitro y apoderado en diversos litigios y arbitramentos internacionales. Ha sido aceptado y actúa como perito experto en derecho colombiano ante varias cortes de los Estados Unidos de América, para la prueba del derecho extranjero. Conferencista en materia de contratación internacional y problemas típicos de la contratación transnacional.

inexistencia y su evolución. La parte tercera se dedicará a las nulidades. La cuarta parte tratará el tema de la inoponibilidad del acto. Por último, en las secciones quinta y sexta expondremos algunos conceptos particulares sobre las sanciones especiales del Código de Comercio.

La referencia separada a las figuras del Código de Comercio que conducen a la ineficacia no obedece a que consideremos el régimen mercantil como un ordenamiento diferente de las normas del Código Civil en sustancia, sino porque la evolución legislativa de los comerciantes introdujo un nuevo lenguaje a las sanciones del acto jurídico. Todo esto, sin perder de vista que los dos sistemas legales surgen de los mismos fundamentos jurídicos y se complementan por el mandato de los artículos 30 del Código Civil y 822 del Código de Comercio.

Finalmente, y habida cuenta de la diversidad de sanciones que van desde la inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, ineficacia preliminar e inoponibilidad, se analiza la necesidad de buscar una solución más simple y unificada a las sanciones, con el fin de mantener los principios filosóficos que las motivan, pero eliminando los debates doctrinales que tienen origen en la diversidad de términos y efectos, en algunos casos de carácter casuístico.

1. Condiciones de existencia y validez de los actos jurídicos

Las condiciones de existencia de los actos jurídicos son aquellos requisitos para que un acto o contrato adquiera la trascendencia suficiente para producir algún efecto desde el punto de vista legal. Estos son los elementos a que se refiere el artículo 1501 del Código Civil, sin los cuales el acto carece de efectividad hasta el punto de que le resulta indiferente al mundo jurídico.

Después que el acto ha adquirido efectos jurídicos, es necesario determinar si estos serán estables y duraderos, para lo cual debe cumplir con las condiciones de validez prescritas de manera genérica y a las cuales haremos referencia en la segunda parte de esta sección.

A) *Elementos de existencia del acto jurídico*

El Código Civil no identifica de manera clara los requisitos de existencia del acto jurídico. Esta circunstancia se deriva de la vaguedad con la que el texto legal regula la fuente voluntaria de obligaciones. En efecto, al enumerar las fuentes de obligaciones, su artículo 1494 parece limitar la fuente voluntaria al contrato, y es así como las disposiciones

siguientes clasifican los tipos de contratos y formulan las reglas para su validez. No obstante, la interpretación predominante concuerda en que las normas civiles admiten perfectamente la identificación de la fuente voluntaria en el acto jurídico y no se limitan simplemente al contrato, como parece a primera vista. Entre otros, el profesor Cubides Camacho apunta en este sentido cuando señala que "el Código Civil contempla la manifestación unilateral de voluntad en los artículos 1994 y 2302 y siguientes. La llama «hecho voluntario de la persona que se obliga» y la condiciona a que el hecho sea lícito"[1]. Por su parte, Ospina Fernández opina en el mismo sentido cuando establece que "[…] al enmarcar los actos jurídicos unipersonales en el campo de la autonomía de la voluntad privada, un sector de la doctrina tradicional, fundado en un principio de hirsuto dogmatismo racionalista, que se enuncia diciendo que «nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad», ha llegado a negarles toda eficacia obligatoria a los actos jurídicos unipersonales. Se dice que estos [,] al generar derechos u obligaciones a cargo de su único agente, necesariamente llegarían a imponerles obligaciones y derechos correlativos, respectivamente, a personas que no han prestado su voluntad para adquirirlos. Como lo veremos en su oportunidad, el precitado argumento apenas tiene un alcance relativo. Justifica la restricción legal de la eficacia de los actos unipersonales, pero es inepto para negárselo totalmente. Además, esta actitud radical no se compagina con la tradición del derecho occidental, como tampoco con nuestros establecimientos legales que les reconocen fuerza normativa a varios actos unipersonales, como la aceptación de una asignación sucesoral, la agencia oficiosa, la oferta, etc."[2].

Así, el "acto jurídico", definido como la manifestación de la voluntad encaminada a generar efectos jurídicos, tiene claramente un sustento en las normas civiles. El citado artículo 1494 del Código Civil señala que las obligaciones nacen "[...] de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado [...]". El hecho voluntario de que trata la segunda parte de la norma citada es la declaración o manifestación de la voluntad, no simplemente un comportamiento voluntario desconectado de

[1] Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones,* 5ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pág. 280.

[2] Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 46.

los efectos jurídicos producidos. Sobre este particular debe distinguirse el acto jurídico del hecho voluntario que genera efectos jurídicos, y ya que en el segundo caso la voluntad y los efectos jurídicos producidos no tienen relación de causalidad, el efecto resulta ajeno a la intención del autor del hecho. A su turno, el artículo 1502 del Código Civil, al regular los requisitos de validez, señala: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad [...]", lo que nos debe indicar claramente que la fuente voluntaria de las obligaciones no puede limitarse a los contratos, sino que se extiende al concepto del acto jurídico como definición más técnica y de mayor amplitud, como lo ha expuesto la doctrina.

En consecuencia, adoptando el concepto de que el acto jurídico es una manifestación de la voluntad encaminada a generar efectos jurídicos, los elementos para su existencia son la voluntad exteriorizada, el objeto jurídico y la solemnidad para aquellos actos que la requieren para ser eficaces. A estas condiciones se refiere igualmente el ordenamiento civil como los elementos esenciales, sin los cuales el acto o contrato no produce efecto alguno (C. C., art. 1501).

a) *Manifestación de la voluntad*. Es lógicamente, el elemento más característico de la fuente voluntaria, y la doctrina la define como la "sustancia" del acto jurídico[3]. Este elemento distingue los actos de los simples hechos jurídicos, en la medida en que los segundos provienen de sucesos que conducen a generar un efecto para el ordenamiento legal, mientras que los actos son declaraciones que deliberadamente apuntan a producir los efectos jurídicos enmarcados en el objeto.

La expresión de la voluntad varía según el tipo de acto jurídico de que se trate, de acuerdo con los sujetos que intervienen en su formación. En el acto unipersonal, la voluntad proviene de quien se obliga de forma singular. Para esta forma de voluntad, es pertinente distinguir entre la expresión conservada en la intimidad del autor y la que ha sido exteriorizada con el fin de obligar al sujeto. La voluntad conservada en la intimidad no trasciende al mundo jurídico por carecer del ánimo vinculante que distingue las relaciones jurídicas de los comportamientos intrascendentes para el mundo legal. Como norma ilustrativa de este principio de especial importancia para el acto unipersonal, el artículo 625 del Código de Comercio señala que toda obligación cambiaria, como la que surge del pagaré, deriva su eficacia de la firma impuesta

[3] *Ibid.,* pág. 28.

en el título y la entrega con el ánimo de hacerlo negociable. Esta regla debe llevar a la conclusión de que el acto creado por su autor que termina siendo exteriorizado de manera accidental, carece de la expresión de voluntad manifiesta y por tanto no existe. Esta circunstancia puede representar un problema litigioso serio, en cuanto le corresponderá al juez declarar la ineficacia de un acto putativo, ya que tendría toda la apariencia de haberse formado regularmente.

En los actos pluripersonales, esto es, aquellos en los que en su formación intervienen varios sujetos, surge otra clase de dificultades que merecen cierto grado de análisis. La manifestación de la voluntad del acto pluripersonal es el acuerdo que se forma por la confluencia de las voluntades de los sujetos que se vinculan jurídicamente. Para estos actos, la voluntad individual carece de trascendencia, a pesar de ser exteriorizada, y lo que prevalece con efectos jurídicos es el acuerdo de voluntades, es decir, la voluntad en la que coinciden los autores de tal forma que la intención de cada uno se ve reflejada en la mente y la intención del otro. Para el acto pluripersonal, la voluntad con trascendencia jurídica es la que resulta común a los contratantes. Este principio se desarrolla luego en las reglas de interpretación de los contratos, según las cuales prevalece la intención común, mas no individual, de los contratantes por encima de cualquier otra forma de manifestación de voluntad, incluido el texto escrito.

Conforme a lo anterior, cuando se produce la confluencia de la voluntad de los autores del acto jurídico, se consolida este elemento de la esencia.

Ahora bien, es pertinente distinguir los actos en los que el consentimiento no alcanza a formarse por existir una sustancial discrepancia entre las declaraciones de voluntad de los actos en los que esta se forma de manera defectuosa por existir un error en cuanto a algunos de los elementos respecto de los cuales se expresa el consentimiento. En el primer caso estaremos frente a un disentimiento o ausencia de acuerdo de voluntades, lo que conducirá inevitablemente a la inexistencia del acto jurídico. En el segundo caso habrá lugar a la formación de un acto existente pero viciado, lo que abre el espacio para anular el acto, en tanto se reúnan las condiciones particulares para que prospere la nulidad relativa. En caso de que no se produzcan los demás presupuestos procesales y sustanciales para que el error conduzca a la nulidad del acto, el contrato conservará su plena eficacia y poder vinculante, no obstante la presencia de una forma de error que carece de la trascendencia necesaria para invalidar el acto y hacer cesar las obligaciones.

Esta es una manifestación del concepto que busca la conservación del acto, como principio prevalente sobre la cesación de sus efectos por causas distintas del pago o cumplimiento de las prestaciones.

El momento en el que se entiende formado el acto pluripersonal también merece algunos comentarios. La legislación civil no aporta mayores elementos para la formulación de la regla de derecho en lo que hace relación al instante en que se forma el acto o contrato. Además, en la práctica, la formación de un acuerdo de voluntades es el resultado de un proceso de negociación en el que las partes van cediendo hasta encontrar intereses comunes.

"Es verdad inconcusa que los contratos surgen a la vida del derecho en virtud de un acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones. Mas, como se deduce de la propia naturaleza de las cosas, ese acuerdo de voluntades no acaece de un momento para otro; es la culminación de un itinerario que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos estos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina denomina estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas (policitación), para su aceptación o rechazo (C. de Co., art. 845)"[4].

No obstante, la precisión *temporal* puede adquirir especial significado en los casos en que se requiere certeza en cuanto a la fecha de perfeccionamiento del acto jurídico, como cuando el cuerpo cierto objeto de la convención ha perecido en una época vecina al contrato. Si la extinción es previa a su perfeccionamiento, se frustrará la formación del acto, mientras que si la pérdida es posterior, este sobrevivirá y las reglas en materia de riesgos deberán aplicarse. El Código de Comercio ofrece una solución más clara al problema, en la medida en que señala que el contrato se entiende perfeccionado en el momento en que el oferente recibe la aceptación de la oferta. Para todos los demás casos deberá atenderse al momento inequívoco en que se consolida el acuerdo de voluntades.

[4] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Con frecuencia, los contratantes en la convención definen unas condiciones para el perfeccionamiento del contrato, las cuales ordinariamente deben darse a continuación de la formación del consentimiento. Esta forma de diferir el nacimiento del acto jurídico no es nada más que un pacto de condiciones suspensivas a partir de las cuales la relación jurídica nace con su pleno vigor.

De acuerdo con la jurisprudencia, la manifestación de la voluntad en general se crea en el caso de actos pluripersonales a partir de "las estipulaciones de un contrato [que] dan forma a la manifestación de la voluntad, y las palabras son el medio para expresarla. Pero la expresión de la voluntad no es un fin en sí misma, sino a su vez, un medio, un procedimiento que se emplea con un propósito determinado, con la intención de alcanzar un objetivo, el fin perseguido por las partes al celebrar su convenio"[5].

Como resultado del análisis anterior, formada la voluntad del acto jurídico en las condiciones expuestas, se cumple con el primer elemento de la esencia, sin el cual habrá lugar a concluir que el acto no llegó a existir.

b) *Objeto jurídico*. El segundo elemento de la esencia de los actos o contratos es el objeto jurídico, que consiste en el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad, los cuales pueden comprender la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

El objeto jurídico del acto comprende en primer término el conjunto de efectos pretendidos por las partes. Es evidente que estas, al confluir en el acuerdo de voluntades, pueden definir un marco muy amplio de efectos que incluya la alteración del mundo jurídico con el nacimiento o extinción de obligaciones, al igual que otros efectos de ninguna trascendencia desde el punto de vista legal. Para el derecho, los pretendidos efectos que no trascienden a lo jurídico son indiferentes, como los pactos que aspiraron a formar parte del marco regulatorio del contrato, pero que la ley considera ineficaces *ab initio,* al decir que se tendrán "por no escritos". Los ejemplos de esta ineficacia se mencionan en el artículo 1535 del Código Civil, que establece: "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una obligación potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga". Cuando el acto se compone exclusivamente de efectos no jurídicos, o si los jurídicos no

[5] Laudo arbitral Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles Conciviles, S. A., vs. Urrá, S. A. ESP, de 16 mayo 2001. Árbitros: Alberto Hernández Mora (presidente), Marcela Monroy Torres y Alfonso Martínez Martínez.

son suficientes para estructurar un vínculo jurídico razonable, estaremos frente a un acto voluntario pero sin efectos jurídicos.

A pesar de que la voluntad es el elemento central que enmarca el efecto jurídico de los actos, su objeto no se limita exclusivamente a la intención común exteriorizada. El objeto adquiere la condición de jurídico en cuanto el ordenamiento legal se lo reconozca, y es el Estado de derecho el que tutela los derechos y obligaciones nacidas. Por consiguiente, al objeto del acto o contrato se le incorpora la legislación y obliga a las partes en los términos convenidos y a las condiciones que emanan de la naturaleza de cada obligación o que por ley le pertenecen (C. C., art. 1603). La inclusión automática de la ley al objeto del contrato puede darles una dimensión inesperada a los contratantes, en la medida en que las normas pueden complementar el acuerdo de voluntades llenando vacíos en aspectos no pactados o desconocer el poder vinculante de determinadas cláusulas. Un ejemplo de las normas que complementan aspectos no pactados por las partes es el artículo 131 del Código de Comercio, que refiriéndose a la cesión de contratos a título de aporte, establece: "Cuando la aportación consista en la cesión de un contrato, el aportante responderá del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, *salvo estipulación en contrario*" (bastardilla fuera de texto). Un ejemplo de las normas que desconocen cláusulas o actos es el artículo 122 del Código de Comercio, que refiriéndose al capital social de las sociedades, señala: "El capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse, en virtud de la correspondiente reforma estatutaria aprobada y formalizada conforme a la ley. *Será ineficaz todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos*" (bastardilla fuera de texto).

Esta intromisión del derecho en el objeto jurídico puede resultar contradictoria con el carácter voluntario del acto y con la delimitación de sus efectos dentro del límite fijado por la intención de los contratantes, pero debe prevalecer el principio según el cual todos los sujetos deben someterse al derecho, y por ende deben conocerlo, por lo que su ignorancia no es excusa del incumplimiento de la ley, según el artículo 9º del Código Civil.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la incorporación de la legislación al objeto de los contratos, y al respecto ha señalado: "En cuanto a la determinación del alcance y la extensión del concepto del objeto jurídico, existen teorías divergentes, en el sentido de si los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico se limitan exactamente a los queridos y previstos por las partes o, por el contrario, las normas

jurídicas pueden complementar la voluntad declarada por las partes y atribuirle al acto celebrado efectos no queridos y aún no previstos por ellas.

”En el primero de los supuestos se habla de la teoría del objeto jurídico concreto, de corte racionalista, cimentada en un valor absoluto del principio de la autonomía de la voluntad.

”En el segundo de tales supuestos se ubica la teoría del objeto jurídico genérico producto de una decantación del pensamiento racionalista que reduce el principio de la autonomía de la voluntad a una justa subordinación a normas y principios jurídicos superiores.

”Así, y en este sentido, en nuestro ordenamiento no tiene cabida la teoría del objeto jurídico concreto, por cuanto 1) el vigor normativo del acto jurídico depende de que el mismo haya sido «legalmente celebrado»; (2) su contrariedad con normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres determina la ineficacia de la voluntad de los agentes; y 3) celebrado el acto legalmente, el mismo obliga no solamente a lo en él expresado, sino a todas las cosas que emanen de la naturaleza del mismo, o que por ley le pertenecen o que por el uso común se presumen aunque no se expresen, como lo previene el artículo 871 del Código de Comercio.

”De modo que, así como todo acto o negocio jurídico ha de tener un objeto genérico determinado por la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, todo acto o negocio en concreto ha de tener un objeto particular o específico que permite distinguirlo de otros actos o negocios concretos”[6].

Al incorporar la ley vigente al contrato, debe confrontarse el pacto frente al ordenamiento jurídico, con el fin de establecer el marco regulatorio que define la dimensión final de los efectos jurídicos del acto. En este ejercicio es necesario identificar si el acuerdo de voluntades contiene los elementos *esenciales* que la ley prescribe para los contratos y actos tipificados o si, por el contrario, el objeto se estructura como un acto atípico. En ambos casos las normas imperativas prevalecerán sobre lo acordado, y en tanto el pacto resulte sustancialmente violatorio de estas disposiciones, podrá invalidarse todo el contrato. En los demás casos, se suprimirán los efectos de ciertas partes del acto. Para los contratos típicos se llenarán los vacíos del pacto con las normas

[6] Laudo arbitral Fiduciaria del Estado, S. A., en liquidación, vs. Interplan, S. A. Eduardo Samper Martínez y Luis Gonzalo Martínez Gómez, 22 junio 2006. Árbitros: Florencia Lozano Reveiz, Rafael Acosta Chacón y Rafael Navarro Diazgranados.

supletivas especiales, y en su defecto, con las normas generales. En los actos atípicos, los vacíos deberán suplirse con las normas generales, sin vulnerar en este proceso la legítima dimensión del efecto jurídico deseado por las partes. Es importante recordar que en el ejercicio de definir el objeto jurídico del acto con la inclusión del ordenamiento legal, en materia comercial la costumbre adquiere estatura de ley, y por tanto se presume obligatoria por los contratantes con todo su poder vinculante, según el artículo 3º del Código de Comercio. La Corte Constitucional se pronunció respecto de la *exequibilidad* de esta norma y señaló que "no obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico"[7]. Así las cosas, es posible que una parte que celebre un contrato con un comerciante se vea ante la necesidad de conocer la costumbre mercantil aplicable al negocio que está celebrando, ya que esta será incorporada al objeto del contrato. Conocer la costumbre no siempre es fácil, pues en principio, por su naturaleza, no está escrita ni contenida en ningún estatuto. Así mismo, un comerciante podría verse obligado a incorporar al objeto de su contrato no solo elementos de la costumbre nacional o local, sino elementos de la costumbre internacional, como cuando la *lex mercatoria* se incorpora a los contratos.

Para que el objeto material exista debe cumplir las siguientes condiciones: 1) debe existir o ser posible que exista (C. C., art. 1518) y 2) debe ser determinado.

Respecto a la primera de las condiciones, cuando se trata de una prestación de dar o entregar, la cosa debe existir o por lo menos su existencia debe ser posible. Por ejemplo, es viable tener como objeto de un contrato de compraventa la cosecha de trigo, que aunque no existe todavía, es potencialmente posible. El artículo 1869 del Código Civil establece que la venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan, se hace con la condición de que existan, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato se entienda que se está comprando la suerte. Así las cosas, los actos en los que se pacte, por ejemplo, la venta de cosa futura son eficaces, pero quedan sujetos a la condición suspensiva de que la cosa exista.

Si el acto versa sobre una prestación de hacer o no hacer, dicho acto debe ser físicamente posible. Esto significa que no contraríe la

[7] Corte Const., sent. C-486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes M.

naturaleza física. La imposibilidad debe ser objetiva, ya que no se predica respecto de las características particulares del deudor, sino frente al común de los seres humanos. No se consideran objetos posibles los que implican sacrificios desproporcionados.

La segunda condición para la existencia del objeto es que este sea determinado. El artículo 1518 del Código Civil establece que el objeto debe ser determinado por lo menos en cuanto a su género, y su cantidad puede ser incierta al momento de la celebración del acto, pero debe ser determinable. Así, al momento en que la prestación sea cumplida, el objeto que en un principio fue determinable se debe haber podido determinar según las reglas que se estipularon. En cuanto a las cosas de género, la Corte ha señalado que se debe indicar la cantidad del género objeto del contrato. En efecto, la Corte ha señalado: "De modo que no habría objeto en un contrato si el deudor se obligase a entregar una cosa señalada únicamente por el género: es necesario que esta esté limitada por su especie, que viene a ser una limitación del género, limitación que debe ser precisa, porque así aun cuando el deudor tiene cierta amplitud para el cumplimiento de la obligación, existen sin embargo ciertas reglas legales que permiten la determinación. Pero además de la fijación del género, es indispensable saber la cantidad para que haya objeto del contrato: las cosas determinadas de clase determinada deben designarse por su número, peso o medida. Así, la obligación carecería de objeto si se decide que el deudor debe caballos, sin determinar su cantidad, y sin fijar reglas para determinarla"[8].

Como resultado de la determinación del objeto jurídico pactado y la incorporación de la ley de la época de celebración de acuerdo con las reglas anteriores, se definen los efectos del acto jurídico.

c) *Solemnidades*. Por regla general, los actos y contratos se forman con la simple declaración de voluntad, bien sea de carácter unipersonal o pluripersonal. En este sentido, el Código Civil de manera implícita adoptó el principio general de la consensualidad, al establecer como condición para obligarse la simple expresión de la voluntad desvestida de cualquier solemnidad (C. C., arts. 1494 y 1502). Este principio es explícito en el estatuto mercantil cuando señala que para contratar y obligarse basta con la exteriorización de la voluntad (C. de Co., art. 824).

De manera excepcional, la ley ordena que en algunos casos la voluntad se exprese solemnemente como condición esencial para la

[8] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 febrero 1936, M. P. Eleuterio Serna.

existencia del acto (C. C., art. 1500). Cuando la solemnidad es indispensable para su formación, sin ella no habrá acto y por tanto la voluntad carecerá de la virtud de ser generadora de efectos jurídicos. Las solemnidades que son esenciales para el acto se definen como *ad substantiam,* y su omisión causa inexistencia. La ley prevé otra clase de solemnidades que son condición para concederle el pleno valor al acto. La falta de este tipo de formalidades no compromete la existencia del acto, sino simplemente su validez, lo que genera una nulidad absoluta, como se examinará más adelante. La distinción entre las solemnidades *ad substantiam* y las que son simple condición de validez no es sencilla en el ordenamiento legal, ya que las normas no han sido claras en hacer la distinción en cada caso. Evidentemente, considerando que el régimen formal es de carácter excepcional, cada uno de los casos especiales en los que se impone la expresión de la voluntad solemnemente debería arrojar claridad en cuanto a la consecuencia de su omisión, pero no lo hace. En consecuencia, las formas que constituyen un elemento esencial del acto serán aquellas en las que sin lugar a dudas su omisión conducirá a la inexistencia, como en la escritura pública para los actos en que las partes pacten como prestación la transferencia de derechos reales respecto de inmuebles, sea o no típico el contrato celebrado. Este es un caso de solemnidad prescrita de manera general para cualquier acto por el que se pretenda el nacimiento de las obligaciones de este tipo. En otros eventos, la solemnidad está prevista en el tipo especial por razones de diversa índole de política legislativa, como en el caso de los títulos valores, que deben constar por escrito, al igual que en la promesa de venta civil, en contraste con el mismo contrato mercantil.

En las hipótesis en las que la formalidad no es requisito indispensable para la creación del acto, la solemnidad se limita a ser una condición de validez, caso en el cual su omisión causa nulidad absoluta que por sí sola ocasiona la ineficacia del acto. Así pues, la nulidad solo adquiere sus efectos a partir de la declaración judicial, lo que lleva a afirmar que si aquella no se decreta por la razón que sea, el acto nulo deberá gozar de los plenos efectos jurídicos y tendrá el mismo poder vinculante que los actos válidos.

Es conveniente hacer una breve referencia a un aparente conflicto entre el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y las formalidades legales prescritas para ciertos actos. Es claro que las partes tienen la facultad de crear y diseñar los actos jurídicos en la forma que se adapten y reflejen la sustancia del negocio jurídico que se pretende celebrar. En desarrollo de esta libertad de transacción, los contratos

deben adecuarse y ser el reflejo fiel de lo convenido, y no les corresponde a los contratantes acomodar el verdadero sentido del negocio para que se asemeje a un tipo especial de contrato. Es posible que el acto que se concluya se asemeje a otra clase de contratos para los que la ley prescribe una formalidad, y entonces puede surgir la controversia sobre si el acto debe o no cumplir con la forma solemne, dada la similitud. En este sentido hay algunos precedentes que señalan claramente que debe prevalecer el respeto de la autonomía de la voluntad, en cuanto esta sea ejercida con el legítimo propósito de reflejar la realidad de una transacción que aunque guarde similitud con un acto solemne, diverge en sus efectos. En un laudo de 2004 se trató específicamente este tema[9]. Sobre el carácter de la seriedad que pueden tener los contratos atípicos en el ordenamiento jurídico, el tribunal de arbitraje concluyó: "Cuestión diferente es la que ocurre cuando el o los particulares acuden para la disposición de sus intereses a figuras por fuera del catálogo legal. En principio tienen libertad para ello: pueden echar mano de figuras que, no siendo legalmente típicas, tengan tipicidad social o que, cuando menos, muestren un valor que impela al ordenamiento [a] adoptar una actitud de apoyo, en lugar de la de simple indiferencia. Pero, en tanto que la inclusión de la figura en la ley es garantía preventiva de legitimidad, en el evento de la simple tipicidad social y, mucho más, en el caso de novedad (¿hibridación?) no existe esa seguridad, y surge el riesgo de que la jurisdicción adopte una postura de indiferencia mientras no se evidencie la utilidad social (o sociabilidad) de la disposición"[10].

Es posible, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que las partes pacten el momento a partir del cual exista el acto

[9] En el caso, el debate consistía en determinar si los contratos de Opción Metro, que no cumplían los requisitos de un contrato de opción, eran inexistentes o nulos, y por tanto no producían efecto alguno, o si por el contrario, eran contratos autónomos, que aunque no se enmarcaban en la figura del contrato de opción, sí producían efectos entre las partes. En esa ocasión el Tribunal concluyó que "no fueron contratos de opción, pero sí fueron convenciones seriamente concertadas entre ellos, legítimas, que las vincularon y comprometieron al cumplimiento de las obligaciones allá estipuladas. La falta de requisitos específicos del contrato de opción, simplemente muestra que no se celebró ese contrato, pero las estipulaciones iguales de cada una de las convenciones mencionadas (*accidentalia negotii*) identifican una función social, merecedora de auspicio, y por ende las partes celebraron una convención innominada atípica del todo eficaz". Laudo arbitral, Jorge Armando Jiménez Jiménez, Adriana María Suescún Melo, Ramón Murgueitio Cabrera y Luz Gabriela Suescún Melo contra Alianza Fiduciaria, S. A., 9 de septiembre de 2004. Árbitro: Fernando Hinestrosa.

[10] *Ibid*.

jurídico, en la medida en que condicionan su existencia a la ejecución de una solemnidad que no es característica del acto mismo pero que por el mutuo acuerdo de las partes convierte un acto que originalmente era consensual en solemne.

"En efecto, no otra cosa cabe decir al recordar que disposiciones como las de los artículos 1858 y 1979 del Código Civil, propias de los contratos de venta y de arrendamiento, respectivamente, admitan la figura del contrato convencionalmente solemne, es decir, la hipótesis de que las partes acuerden que, no siendo ello legalmente necesario, o en otras palabras, no obstante tratarse de contrato meramente consensual, este no exista ni se entienda perfeccionado hasta tanto [*sic*] se otorgue escritura pública o privada que lo contenga. En tal evento, pues, por mero acuerdo de voluntades, y con finalidades *ad substantiam actus,* no simplemente *ad probationem,* la existencia misma del contrato queda detenida hasta tanto [*sic*] se otorgue la escritura pública o privada convenida. O sea, entonces, que contra los principios generales atrás destacados, se está admitiendo que las partes penetren en un campo que, como el que disciplina la formación del contrato, la ley se reserva para su exclusiva soberanía. Excepción, la observada, que tiene, por ser única, la virtud de hacer más vigorosa e imperante la regla general"[11].

B) *Condiciones de validez del acto jurídico*

Una vez formado el acto o contrato por reunir las condiciones para su existencia según se expuso en la sección anterior, es pertinente hacerle un juicio de validez, con objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para concederle plena eficacia. Las condiciones de validez del acto jurídico tienen una relación íntima con los elementos esenciales para su existencia.

En efecto, la *declaración de voluntad* como elemento esencial para la creación del acto jurídico está asociada con la *capacidad* del sujeto que emite el consentimiento. Es evidente que las limitaciones de capacidad de ciertos sujetos permiten concluir que si bien sus manifestaciones son claras expresiones de voluntad, a estas no se les puede atribuir todos los efectos vinculantes por existir razones de orden público que les imponen limitaciones para contratar y obligarse por sí solos. En el caso de los dementes, que no pueden manifestar su voluntad, y cuyas

[11] Laudo arbitral Consorcio de Ingenieros Contratistas Ltda., Codec vs. Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema), de 16 julio 1974. Árbitros: Samuel Arango Reyes (presidente), César Gómez Estrada y Jorge Gabino Pinzón.

expresiones no son demostrativas de un proceso de pensamiento como lo reconocemos ordinariamente, hay una proximidad mayor al concepto de "ausencia de voluntad". Sin embargo, el *consentimiento exento de vicios* también es un desarrollo de la declaración de voluntad, ya que la manifestación defectuosa debe conducir a la probable ineficacia del vínculo obligatorio. La ley además señala que el acto debe tener una *causa* real y lícita. El concepto legal "causa" puede tener diversos significados, como lo analizaremos más adelante, pero en todos ellos este elemento forma parte del contenido subjetivo del acto jurídico, entendido como el móvil de la declaración de voluntad.

En lo que respecta al *objeto* del acto, una vez cumplidas las condiciones para entender que este tiene trascendencia jurídica, es pertinente verificar su *licitud* con el fin de ponderar la validez del acto celebrado.

Por último, como se expuso en la parte pertinente, las *solemnidades* prescritas en la ley pueden cumplir dos funciones distintas, a saber: ser una condición de existencia del acto o ser un requisito de validez. La carencia de las formalidades prescritas para el valor del acto causa su nulidad, como se estudiará más adelante.

A continuación se analizarán las condiciones de validez del acto o contrato, siendo estas la capacidad, el consentimiento exento de vicios, la causa real y lícita, el objeto lícito y las formalidades previstas para el valor del acto.

a) *Capacidad legal*. El artículo 1502 del Código Civil señala como requisito primordial para contratar y obligarse la capacidad de los sujetos que prestan su consentimiento. Es claro que todos los sujetos tienen la potestad para contraer derechos y obligaciones, pero no todos pueden hacerlo por sí mismos, y aquellos definidos como incapaces deben contar con la intervención de otro sujeto que los represente. Por regla general, todos los sujetos son capaces para contratar y obligarse, salvo los que la ley declara incapaces.

Para los efectos del análisis sobre las condiciones necesarias para la prosperidad de las acciones de nulidad derivadas de la falta de capacidad, es importante señalar que las reglas que limitan la facultad de estos sujetos para contratar y obligarse por sí solos están dirigidas a proteger su patrimonio para asegurar su conservación y preservación. Respecto a la función que cumple la declaratoria de incapacidad de los menores, la Corte Constitucional ha señalado: "Es claro que la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos

de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo"[12].

En este sentido, la falta de capacidad de un sujeto en la relación jurídica en nada afecta la sustancia del vínculo y por tanto es indiferente frente a los otros sujetos del acto o contrato. Por este motivo, la incapacidad como vicio de nulidad carece de interés para los sujetos ajenos al defecto, lo que les impide tener la iniciativa para solicitar su declaración al juez.

Las incapacidades se dividen en dos clases, a saber: aquellas que le prohíben al sujeto la celebración autónoma de cualquier clase de actos o contratos, las cuales se denominan "generales", y las incapacidades "particulares", que le limitan al sujeto la celebración de ciertos actos, mientras que le permiten celebrar otros de forma regular y con plena eficacia.

Las reglas en materia de incapacidad general distinguen dos grados de incapacidad: las absolutas y las relativas. Las primeras corresponden a un mayor grado de limitación y conducen, por ende, a la nulidad absoluta. En estos casos el incapaz no tiene ninguna facultad para actuar, y los únicos actos válidos y vinculantes son aquellos celebrados con la intervención de sus representantes. Las segundas son causales de nulidad relativa, en tanto se trata de sujetos con capacidad de discernimiento, pero con limitaciones inspiradas en la necesidad de proteger su patrimonio. En este segundo caso, los sujetos incapaces pueden actuar y obligarse directamente con la autorización del respectivo curador o guardador.

b) *Incapacidad absoluta*. El artículo 1504 del Código Civil la define para los dementes, los menores impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender.

Los dementes son aquellos sujetos en estado de enajenación mental permanente o transitoria, que carecen de la facultad ordinaria de discernimiento que les permita emitir una expresión de voluntad seria y vinculante. El concepto de demencia no incluye a los individuos que pierden la razón por estados originados en el uso de drogas o alcohol, aunque sea habitual. En la demencia permanente es necesario obtener la declaratoria judicial de interdicción, que tiene por efecto eliminar la presunción de capacidad legal de todos los sujetos, prevista en el artículo 1503 del Código Civil. Una vez decretada la interdicción, los

[12] Corte Const., sent. C-534 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

actos del sujeto quedan desprovistos de la presunción mencionada y, por el contrario, la incapacidad adquiere la categoría de ser una presunción de derecho, lo que supone que no admite prueba en contrario. En cuanto a los actos anteriores a la declaratoria de interdicción, estos están revestidos de la presunción de capacidad y por tanto es pertinente desvirtuar esta presunción demostrando que el sujeto ya se encontraba en el estado de enajenación mental. Al respecto ha señalado la Corte: "1) Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido [de] una psicosis, es necesario que se aduzca una doble prueba, a saber: que ha habido una «perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad» según la terminología muy técnica del Código alemán, o que excluya la «capacidad de obrar razonablemente», como lo dice el Código suizo; y que esta perturbación patológica fue concomitante a la celebración del contrato. 2) Por lo que atañe a la primera de estas pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda psicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es establecer si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico"[13].

En cuanto a cómo se debe probar el estado de demencia, la jurisprudencia se ha debatido sobre las pruebas adecuadas para demostrarla, y ha concluido lo siguiente: "Aunque la ley no exige el efecto en los procesos de que se trata una determinada prueba, al contrario de lo que ocurre en la interdicción, como antes se dijo, por regla general, cualesquiera elementos de juicio convenientemente apreciados por el juzgador a la luz de la sana crítica podrían producirle convicción acerca de la demencia. No obstante ello, la Corte considera que el dictamen de médicos —de preferencia especializados en psiquiatría— es la mejor prueba y la más adecuada para establecer la existencia de esa enfermedad mental; la posibilidad de que durante ella pudieran haber sobrevenido, intervalos lúcidos, o por el contrario sus caracteres de irreversible y progresiva y muy especialmente si el enfermo carecía de «la libre determinación de la voluntad» o sea de la capacidad de

[13] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 abril 1936, "G. J.", t. XLIII, pág. 799, M. P. Eduardo Zuleta Ángel.

obrar razonablemente cuando contrató o testó. En efecto, todos esos hechos y circunstancias «requieren especiales conocimientos científicos», para lo cual es procedente la prueba de peritos como estatuye el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil"[14].

Los sordomudos que no se pueden dar a entender constituyen el segundo caso de incapacidad absoluta, en una formulación legal que responde al avance de la ciencia del siglo XIX, pero que a la fecha debe verse como una regla infundada y discriminatoria. En efecto, la sordomudez es una condición que constituyó un factor de atraso para los infantes que la padecían desde el nacimiento o que la adquirían a temprana edad, en cuanto representó un serio impedimento para el normal desarrollo del aprendizaje dentro de una comunidad agraria no expuesta a los adelantos científicos que se conocen hoy. No obstante, la regla se mantiene en parte, ya que se le suprimió la condición de "sordomudos, que no pueden darse a entender *por escrito*", al eliminar la Corte Constitucional el término "por escrito"[15], dejando en la condición de incapaces solo aquellos casos extremos en los que el individuo pierde la capacidad completa de expresar su voluntad.

También son incapaces absolutos los menores impúberes o infantes. Se consideraban en esta categoría las mujeres menores de doce años y los hombres menores de catorce años, según el artículo 34 del Código Civil. Sin embargo, a partir de 2005, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-534, declaró inexequibles la palabra "varón" y la expresión "y la mujer que no ha cumplido doce" del referido artículo, igualando la categoría de impúberes, para hombres y mujeres menores de catorce años de edad. La incapacidad de estos sujetos está formulada en razón a la presunción legal de que en esta etapa de su vida la posibilidad de discernir de forma efectiva puede existir, y resulta inconveniente permitirles contraer derechos y obligaciones en razón de su madurez en proceso de consolidación.

c) *Incapacidad relativa*. Los demás casos de incapacidad general afectan a los menores adultos no habilitados de edad y a los disipadores, y los actos celebrados por estos sujetos sin la autorización de los guardadores son nulos relativamente o anulables.

Los menores adultos son aquellos que han llegado a la edad de la pubertad, pero aún no son mayores de edad, es decir, son menores de

[14] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 mayo 1976, "G. J.", núm. 2393, pág. 165, M. P. José María Esguerra Samper.

[15] Corte Const., sent. C-983 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

dieciocho años y mayores de catorce años. Respecto de estos sujetos, las reglas en materia de capacidad se fundan exclusivamente en la necesidad de limitarles la administración autónoma de su patrimonio a causa de su incipiente estado de maduración como individuos y miembros de la comunidad. Para estos sujetos la ley prevé que pueden celebrar ciertos actos y contratos de forma válida, pero por regla general requieren la autorización de su guardador para celebrar los actos regulares de la vida civil. Antes de la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años (ley 27 de 1977) existió la figura de la habilitación de edad para aquellos menores de veintiuno y mayores de dieciocho años que acreditaran su condición de emancipados. Actualmente, para todos los efectos legales la habilitación de edad desapareció para los menores y se adquiere la plena capacidad para actuar a los dieciocho años.

El segundo caso de incapacidad relativa es el de los disipadores. La disipación es un estado de incapacidad legal aplicable a aquellos sujetos cuerdos que carecen de la habilidad para administrar de forma responsable su patrimonio y por ende es pertinente limitarles la facultad para actuar con el fin de preservar y protegerles el patrimonio. En esta categoría pueden encontrarse los individuos que consumen habitualmente drogas o alcohol y todos aquellos cuyo comportamiento en el universo de los negocios represente una amenaza para su patrimonio.

Antes de la reforma del artículo 1504 del Código Civil, en 1974 las personas jurídicas se asimilaron a los incapaces relativos, lo que puede generar cierta confusión conceptual. En efecto, las personas jurídicas o ficticias no pueden actuar de forma autónoma, ya que esta es una vocación limitada obviamente a los humanos. En consecuencia, es imposible que se forme un acto nulo relativamente por el comportamiento de una persona jurídica. Lo que puede ocurrir es que el individuo que actúe en nombre del ente ficticio lo haga con facultades defectuosas, caso en el cual estaremos frente a un problema de representación y no de nulidad relativa por carencia de capacidad.

d) *Incapacidad particular*. Las incapacidades particulares están referidas en el artículo 1504 del Código Civil en la parte final, para los casos en los que la ley prohíbe a ciertas personas la celebración de determinados negocios jurídicos. En esta hipótesis se trata de negocios jurídicos que ordinariamente pueden celebrar los sujetos, pero que por motivos de orden público atinentes a circunstancias particulares les están vedados. Sobre los efectos del acto prohibido, el Código Civil no contiene una regulación clara, ya que la sanción de nulidad relativa

parece tener sentido en los casos en los cuales la prohibición se encamine a proteger al incapaz particular. No obstante, cuando la prohibición está dirigida a proteger a los terceros y no al incapaz especial, la sanción debe ser la nulidad absoluta por objeto ilícito, ya que de lo contrario los terceros afectados no tendrían la facultad de instaurar la acción de nulidad de manera flexible, sino cumpliendo las exigencias de la nulidad relativa, lo que puede llevar a su desprotección.

e) *Vicios del consentimiento*. Otro de los presupuestos o condiciones de validez de los actos jurídicos es la expresión de la voluntad libre de vicios (C. C., art. 1502), que la ley define como el error, la fuerza y el dolo en el artículo 1508 del Código Civil. Varios doctrinantes[16] han criticado la denominación de los vicios como del consentimiento, ya que realmente se trata de los vicios de la voluntad. En efecto, la voluntad contiene un espectro más preciso, ya que hace referencia a la discrepancia que puede resultar entre la verdadera intención de la parte y la expresión de su voluntad.

Sobre los vicios de la voluntad, dice la Corte: "A manera de introducción resulta conveniente memorar que siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico, cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez, pues la ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas"[17].

[16] Entre ellos: GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 179.

[17] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 abril 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

a') *Error*. Es el vicio del consentimiento o de la voluntad que hace referencia a una discrepancia entre la intención del contratante, frente a lo que resulta pactado en el acuerdo de voluntades, y que por ende constituye el objeto jurídico del acto celebrado. Por lo regular, la divergencia se plasma en el hecho de que los efectos jurídicos del contrato no son los pretendidos y por tanto resultan extraños a la intención con que la parte contrató.

En el contrato, cuando el error es común a los contratantes carece de importancia, ya que simplemente se resume en una divergencia entre lo escrito, posiblemente, frente a la verdadera intención de las partes. Esta divergencia se resuelve fácilmente en favor de la voluntad común a partir de la regla principal de interpretación de los actos y contratos (C. C., art. 1618). El error adquiere relevancia cuando afecta solo a uno de los contratantes, por lo que no hay un verdadero encuentro de voluntades.

En la medida en que el error sea una forma de contradicción entre la intención del sujeto que se vincula al acto mediante la expresión de su voluntad y la realidad del objeto jurídico que lo obliga, la figura constituye un desarrollo de la *causa* con un tratamiento particular, como se expone más adelante.

La distorsión entre la intención del contratante y el objeto creado en virtud del contrato puede tener origen en dos circunstancias diversas, a saber:

1) *Error de derecho*. La primera puede ser la ignorancia de una norma que por vía de mandato legal se agrega al objeto del contrato (C. C., art. 1603), y genera efectos jurídicos inesperados. Este es el caso de un empresario que celebra un contrato de agencia comercial, desconociendo el carácter de orden público de ciertas reglas que imponen prestaciones irrenunciables (C. de Co., art. 1324). El error fundado en el desconocimiento del derecho no tiene trascendencia en nuestro ordenamiento, ya que, aunque constituye una forma de desviación de la intención del contratante, esta resulta inexcusable a causa del mandato que le ordena conocer y respetar la ley (C. C., arts. 9º y 1509). La Corte Constitucional, en 1994, se refirió al tema del error de derecho en los siguientes términos: "¿En qué consiste la alegación del error de derecho? En general, en invocar la ignorancia de la ley como excusa para su incumplimiento. El error de derecho, en consecuencia, tiene una relación directa con una de las bases del orden jurídico, plasmada en el artículo 9º del Código Civil: «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa». La vigencia del orden jurídico implica la exigencia de que

nadie eluda el cumplimiento de la ley so pretexto de ignorarla. Con razón escribió G. DEL VECCHIO: «El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular en caso singular para cada ciudadano». (*Filosofía del derecho*, t. I, México, D. F., Uteha, 1946, pág. 256).

"[...] El error de derecho recae sobre la existencia, contenido y alcance de las normas jurídicas. La ley puede, en ciertos casos, darle relevancia jurídica. En todo caso, sin embargo, salvo que la ley disponga lo contrario, esta se aplica con prescindencia del conocimiento que sobre la misma tengan sus destinatarios.

"En síntesis: alegar el error de derecho, equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley"[18].

2) *Error de hecho*. El segundo origen del error puede ser el desconocimiento o entendimiento equivocado de un hecho referente al contrato, como la identidad de la persona con la que se contrata, de la cosa objeto de las prestaciones o del tipo contractual. Estos equívocos tienen el mérito potencial de generar un vicio en la voluntad de quien expresó su consentimiento, en la medida en que adquieran un significado relevante para la formación del contrato y sus efectos, como se explicará en cada caso más adelante. El error puede afectar de forma tal la formación del consentimiento, que se oponga al acuerdo de las voluntades. Lo cual en la doctrina se conoce como el error obstáculo, y lo explica señalando que "hay entre las representaciones intelectuales que se encuentran en el origen de cada uno de los actos voluntarios un desacuerdo tal que las voluntades no se corresponden"[19].

La doctrina distingue dos tipos de error[20], a saber: aquel que reviste la importancia suficiente para hacer cesar los efectos del contrato por vía de la nulidad, llamado *dirimente*, y el error acerca de aspectos que no son fundamentales para el contrato y que, por tanto, no justifican que se haga la extinción de sus efectos por decisión judicial. El error *dirimente* se caracteriza porque de haberlo conocido el sujeto, no habría prestado su consentimiento.

Los tipos de error de hecho que constituyen un vicio del consentimiento y por ende causal de nulidad pueden versar sobre: la naturaleza

[18] Corte Const., sent. C-544 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

[19] GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, *Tratado de derecho civil: las obligaciones,* Buenos Aires, La Ley, 1964, pág. 111.

[20] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.,* pág. 184.

del contrato celebrado (C. C., art. 1510), la identidad del objeto material (*id*., art. 1510), las calidades esenciales de la cosa (*id.*, art. 1511-1), las calidades accidentales (*id.*, art. 1511-2) o la identidad de la persona con la que se contrata (*id.*, art. 1512):

— *Error sobre la naturaleza del contrato* (C. C., art. 1510). Se configura cuando la parte cree haber celebrado una clase de acto y realmente consintió en uno diferente. En la práctica, este es un error que puede presentarse en actos tipificados, respecto de los cuales las partes solo tienen que consentir en unos elementos esenciales mínimos del tipo y los demás se incorporan en virtud a las normas supletorias. Este es el caso de la compraventa comercial y la donación. En la venta basta con acordar la cosa y si las partes omiten la determinación del precio, las reglas subsidiarias establecen la manera de fijarlo[21]. En la donación se identifica la cosa que es objeto de transferencia y se omite cualquier forma de contraprestación. Ambos actos son iguales en lo que se refiere a la identificación de la cosa y la omisión de un valor de contrapartida, pero de la compraventa se deriva la obligación de pagar un precio, aunque no se fije, al contrario de la donación. El error de hecho en cuanto a la especie de contrato es diferente del error de derecho, ya que en este hay plena conciencia de lo que se acordó e ignorancia respecto de ciertos efectos previstos en la ley, mientras que en aquel hay un error en cuanto al objeto jurídico acordado.

La jurisprudencia ha señalado que "el error sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebre, modifica de acuerdo con la naturaleza de cada uno, las obligaciones y derechos que el pacto está llamado a producir; [...] se produce entonces un error en la causa de su estipulación que desvirtúa su naturaleza y la hace legalmente ineficaz y que es desde luego jurídicamente distinta del motivo determinante que decidió a las partes obligarse"[22].

[21] Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 55: "Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado, pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo estipulación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate". Por su parte, el artículo 920 del Código de Comercio establece que "no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega. El precio irrisorio se tendrá por no pactado".

[22] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 mayo 1952, M. P. Rodríguez Peña.

— *Error sobre la cosa*. El error respecto de la identidad de la cosa sobre la que recaen las prestaciones del contrato constituye claramente un vicio del consentimiento, en cuanto no es lo mismo pretender la adquisición de determinado activo y consentir la compra de otro distinto. El efecto de la compraventa no corresponde a la intención del comprador, como resultado de una equivocación en cuanto a un aspecto fáctico del vínculo obligatorio.

Este tipo de vicio es el clásico ejemplo del error obstáculo que forzosamente debe impedir la creación de un vínculo estable por constituir divergencia sustancial entre la voluntad de agente y el efecto jurídico del contrato formado. De haber conocido el contratante la verdadera identidad del objeto adquirido, no habría celebrado la compraventa.

— *Error sobre una calidad esencial*. Respecto de la cosa objeto de las prestaciones que surgen del acto, hay un segundo vicio que puede justificar la nulidad relativa del acto y por tanto causar su ineficacia. Este es el caso de las características que la ley define como "esenciales" de la cosa objeto de la convención (C. C., art. 1511). La norma señala que hay un error de hecho cuando la sustancia o calidad esencial de la cosa objeto del contrato resulta ser distinta de la que cree el agente. Esta es otra forma típica de vicio dirimente, puesto que hay una discrepancia sustancial entre la intención o el creer del contratante y la realidad del efecto del contrato; es decir, la cosa sobre la que se contrató no tiene las condiciones que se creía.

El término "esencial" usado en la regla citada corresponde a un criterio objetivo exclusivamente. Es decir, la sustancia esencial de la cosa contratada debe diferir de la calidad que todos los sujetos le atribuyen ordinariamente a la cosa, independientemente de que se encuentren dentro o fuera de las circunstancias particulares de las partes al momento de celebrar el contrato. Además del ejemplo legal, este es el error en que se incurre cuando se adquiere un vehículo nuevo con la convicción de que el motor es nuevo, y resulta que se trata de una máquina de segunda mano reconstruida. Evidentemente las partes nada estipularon en cuanto a la edad del motor, pero el adquirente *supuso* que sería nuevo, ya que cualquier otra persona así lo presumiría en cualquier circunstancia. Este es un error obstáculo, pues de haber sido conocido por el comprador, este se habría abstenido de contratar.

— *Error en la calidad accidental*. El error en lo que hace relación a una característica o condición de la cosa, distinta de las esenciales definidas en el punto anterior, puede viciar el consentimiento, en cuanto

sea el motivo determinante de la celebración del contrato y hubiere sido conocido por las dos partes (C. C., art. 1511).

Un ejemplo de esta clase de vicio es el caso en el que se adquiere un vehículo para uso militar con características y especificaciones técnicas para funcionar en condiciones extremas, y se entrega un modelo civil para uso corriente. Las condiciones especiales no son intrínsecas del vehículo, pero dada la destinación y la calidad del adquirente, sin estas especificaciones no se habría contratado, y así lo conoce el vendedor.

Este es el caso en que la parte errada celebra el acuerdo *motivado* principalmente por una característica de la cosa que resulta no cumplirse, y este requisito es conocido por los demás contratantes. Esta variedad del error es una forma de *falsa causa*, porque el motivo determinante para la celebración del contrato resulta ser ficticio, y este es un móvil común a los contratantes.

La similitud con la falsa causa es exclusiva de esta forma de error, ya que en los demás errores dirimentes la parte equivocada es una sola y, por tanto, la distorsión se presenta entre la intención íntima de la parte y la realidad contratada. En el caso de error sobre una calidad accidental, hay conflicto entre la *intención o móvil común* de los contratantes y la realidad de la cosa. De esta forma, si las dos partes comparten la motivación equivocada, adquiere la calificación de *causa* para todos los efectos civiles, lo que en ausencia de la disposición del artículo 1511-2 del Código Civil, causaría igualmente la nulidad relativa del acto con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1524 del Código Civil, como se analizará más adelante. La Corte se refirió al tema de la causa o de los móviles de los contratantes en la citada sentencia de 1952: "[...] el concepto de sustancia no se halla limitado por el sentido objetivo de la materia que está formada la cosa, ni sus cualidades esenciales circunscritas, a las que conjuntamente determinan su índole específica y sirven generalmente para distinguirlas de todas las demás; sobre la base del fin que se persigue, cual es el de asegurar la concordancia de los efectos jurídicos de la voluntad con la voluntad y la intención reales, dicen Planiol y Ripert, hay que entender por sustancia toda cualidad cuya consideración haya sido causa determinante del contrato, aun cuando para cualquiera otra persona no mereciere esa importancia. Inversamente una cualidad que para los demás puede ser esencial puede carecer en un caso dado de esa importancia determinante. La determinación de la cualidad sustancial, como se ha

dicho haciendo una hábil transposición de términos, es una cuestión de hecho, de investigación de la intención"[23].

Así las cosas, la Corte ha señalado respecto del error en la calidad accidental que "[...] la evolución ha culminado sobre la base de que por «sustancia» hay que entender las calidades sustanciales, con la teoría contemporánea —inspirada en un criterio subjetivo, de orden psicológico, que encuentra su centro de gravedad no en un elemento material, sino en la noción de móvil determinante de la voluntad—, según la cual son sustanciales aquellas calidades que han sido *determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes*"[24].

— *Error en la persona*. Normalmente carece de importancia y se limita a ser un caso de error indiferente para los efectos de la eficacia del acto. Por vía excepcional, cuando el error en la persona se erige en el móvil determinante en la celebración del contrato para una de las partes, el equívoco adquiere la fuerza del obstáculo, caso en el cual, de haberse conocido la verdadera identidad, no se habría contratado.

El artículo 1512 del Código Civil identifica este error en dos sentidos, a saber: en cuanto a la identidad de la persona o en cuanto a sus calidades particulares.

Definir la naturaleza de cada contrato para efectos de establecer la importancia de la identidad de una parte o sus calidades no es sencillo, y la legislación no trae criterios concretos para hacer esta valoración. Algunos doctrinantes[25] han asociado el acto gratuito como una base para concluir que la identidad de una de las partes es un elemento fundamental, pero este no es un criterio legal y puede ser objeto de diversos reparos, por lo que consideramos que en esta materia no hay una regla especial. En consecuencia, en cada caso y consultando el entorno del acto jurídico, deberán evaluarse las circunstancias para definir si la identidad o las calidades de una parte fueron o no determinantes para que un sujeto prestara su consentimiento. Cuando la conclusión es que la persona sí era el móvil sin el cual el acto no se habría celebrado, deberá tratarse como un acto *intuitu personae*, y el equívoco en este aspecto es suficiente para invalidar el acto por vía de nulidad relativa. A este punto se refirió un laudo de 1997 al establecer que "[...] de su lado, el artículo 1512 dispone que el error en cuanto a la persona con

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 mayo 1952, M. P. Rodríguez Peña.

[24] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 febrero 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel.

[25] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, pág. 194.

quien se tiene la intención de contratar vicia el consentimiento cuando la consideración de esa persona haya sido la causa principal del contrato. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que los errores sobre la persona afectan la validez del acto o contrato cuando dichos errores puedan predicarse tanto de la identidad como de las cualidades de la misma"[26].

b') *Fuerza*. El legislador civil calificó la fuerza como un vicio del consentimiento o de la voluntad en los términos de los artículos 1513 y 1514 del Código Civil. La fuerza es una coerción en el individuo, de tal magnitud que es capaz de alterarle la libertad de pensamiento y lo lleva a consentir en un acto que no refleja su verdadera intención. El acto celebrado por la fuerza no constituye una expresión de la voluntad y por ende debe carecer de efectos vinculantes. Frente a esta clase de actos, la ley impone la sanción de la nulidad relativa.

Al igual que en los demás vicios del consentimiento, para que la fuerza sea "dirimente", esto es, adquiera la categoría suficiente para anular el contrato y causar la ineficacia jurídica, debe ser un motivo determinante de la voluntad expresada por una de las partes. La fuerza debe tener la capacidad de intimidar al sujeto, por lo cual puede ser física o moral, pero en cualquier caso tener el vigor suficiente para doblegar el consentimiento. En cuanto a la magnitud del constreñimiento, el artículo 1513 del Código Civil ordena evaluarlo de acuerdo con un modelo de víctima abstracto, pero con las características propias del sujeto en particular. Este modelo permite analizar el factor de fuerza de manera más ajustada al entorno de la parte, sin reducirlo a una apreciación subjetiva en la supuesta víctima.

La fuerza debe ejercerse sobre la parte que presta su consentimiento bajo constreñimiento o respecto de unos terceros próximos definidos en la ley. Estos terceros definidos en el artículo 1513 del Código Civil son el cónyuge y los ascendientes o descendientes. La doctrina[27] ha señalado que este enunciado no es taxativo y debe incluir a cualquier tercero respecto del cual la víctima tenga una proximidad emotiva, de tal forma que la fuerza al tercero es el motivo inductor de la aceptación de los términos de la convención. Esta misma interpretación concluye en que debe haber un criterio diferenciador entre los sujetos señalados

[26] Laudo arbitral, Arturo Jiménez Garrido vs. Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia y Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, 2 de octubre de 1997. Árbitro: Luis Fernando Alvarado Ortiz.

[27] Ospina Fernández y Ospina Acosta, *op. cit.,* pág. 213.

en la norma y los demás terceros próximos, y en consecuencia señala que habría una presunción en el caso de la fuerza ejercida sobre el cónyuge, ascendientes o descendientes, mientras que en los demás casos sería necesario asumir la carga de la prueba. Compartimos la conclusión en el sentido de que las personas citadas en el artículo 1513 del Código Civil no son las únicas que pueden ser sujetos de la fuerza dirimente, pero la diferencia en cuanto a la citada presunción no tiene consagración legal y, por ende, el principio de igualdad consagrado constitucionalmente impone un tratamiento igualitario, como lo han expresado los altos tribunales para otras materias civiles. Por tanto, debe dársele aplicación al principio de igualdad consagrado constitucionalmente, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional. "En consecuencia, ya no basta que las personas gocen de los mismos derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora existe además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario"[28].

En lo que se refiere al origen de la fuerza, esta puede provenir del beneficiario del acto, de un tercero o simplemente del entorno en el que se contrata. En este último caso, en el pasado se usó la ley 201 de 1959 para reconocer un estado generalizado de violencia que pudo haber inducido a muchos ciudadanos a celebrar contratos bajo la presión de la fuerza causada por la guerra civil de los años previos. Esta legislación puede ser útil para abreviar el esfuerzo probatorio de las partes, pero no es indispensable para establecer que un estado de violencia endémico como el que viven ciertas regiones del país pueda ser el motivo inductor de la celebración de ciertos contratos, examinando cuidadosa y conservadoramente cada caso.

La jurisprudencia colombiana ha aceptado que la "fuerza o violencia tiene la entidad de viciar el consentimiento no solo cuando el contratante vio eliminada o menguada su libertad por la violencia de otros seres humanos, sino también cuando se aprovecha de la víctima del estado de necesidad por fuerzas extrañas o de la naturaleza"[29]. Desde 1962, la Corte ha sostenido esta tesis al señalar: "Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho que limitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de

[28] Corte Const., sent. C-104 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[29] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1984, M. P. Alberto Ospina Botero.

otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en el que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante, sino de extrañas personas y aun en trances de conflictos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza. El examen conduce a precisar si la víctima vio su libertad suprimida o gravemente menguada como consecuencia del temor en la amenaza o cualquier género de coacción lesiva de su esfera jurídica y moral, en su propia persona en su hogar, en el campo de sus mejores afectos o en sus bienes por el aspecto simplemente patrimonial o económico. Es cuestión de equidad que concretamente debe apreciarse por el juez en ejercicio de los poderes discrecionales que le incumben, sin exceder los límites generales señalados por las normas sustantivas"[30].

Finalmente, la fuerza debe ser ilegítima, esto es, una acción por fuera del ejercicio lícito de los recursos de quien la emplea. Cuando la fuerza está representada por el ejercicio de la acción judicial para defender y proteger los propios intereses, la coerción carece del elemento ilícito y por ende no vicia el acto celebrado. No obstante, cuando una parte se excede en el ejercicio de los derechos o acciones, puede incurrir en un abuso del derecho, pues la fuerza que se emplea puede desbordar los límites de la buena fe y causar un estado de presión ilícita. La jurisprudencia ha afirmado que "[...] la violencia para que exista debe ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir ni que precisamente medie culpa en el intimidado, sino que es suficiente, aun cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influjo o inflexión de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho"[31].

c') *Dolo*. Es la tercera causal de nulidad relativa de los actos, provenientes de los vicios del consentimiento. Es el comportamiento que tiende a engañar a un sujeto, falseando la realidad por medio de mentiras, fabricaciones y artificios. La jurisprudencia y la doctrina han indicado: "[...] Y en lo que hace particularmente con el dolo, vicio alegado en este caso, cabe recordar que este implica «una maquinación, un atentado voluntario contra el derecho y los intereses del prójimo [...] se

[30] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 octubre 1962, M. P. José Hernández Arbeláez.

[31] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 octubre 1939, "G. J.", t. XLVIII, pág. 720.

trata de una astucia, de un engaño que tiene como resultado sorprender el consentimiento de la víctima, el cual, por consiguiente, queda con ello viciado» (JOSSERAND, *Derecho civil*, t. II, vol. II, 1950, pág. 68)"[32].

El engaño es contrario al concepto de buena fe en toda su extensión y constituye el comportamiento más censurable dentro del derecho. No obstante, bajo el régimen de los vicios del consentimiento y a diferencia de la fuerza, el dolo solo produce efectos destructivos del vínculo jurídico en condiciones especialmente exigentes (*dolo dirimente*), y en los demás casos no adquiere la suficiente fuerza y solo es generador de una indemnización (*dolo incidental*). En los casos restantes, el dolo no tiene efecto jurídico alguno.

Es posible que un mismo acto esté viciado simultáneamente por error y por dolo. Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado al señalar: "[...] las relaciones entre el error y el dolo reconocen que este conduce a aquel; pero justifican la distinción entre los dos, entre otras razones, acerca de las cuales cabe citar por lo procedente la de que cuando se alega el dolo como generador de nulidad, se requiere solo acreditar, en las condiciones legales del caso, los hechos mismos en que consiste. (Véase, p. ej., BONNECASE, *Précis de droit*, t. II, págs. 286 y ss.).

"En otras palabras: un error de los que [de] suyo no alcanzarían a viciar el consentimiento de conformidad con lo pertinente de los arts.1509 a 1512 del C. C., en viniendo del dolo, por esta sola circunstancia sí llega este extremo, si de otro lado y apenas hay para que advertirlo, concurren los demás elementos requeridos por el art. 1518, de que en seguida se hablará"[33].

Para que el dolo sea *dirimente* es necesario que provenga de una de las partes, y ser la razón sin la cual no se habría contratado. Es decir, el dolo debe cumplir papel determinante en la voluntad de quien sea la víctima del engaño. Para estos efectos, el dolo debe ser causa eficiente de la celebración del acto que se pretende anular. Cuando se elimina —y aún podría sobrevivir el contrato, aunque en probables condiciones diferentes—, el dolo no es dirimente.

En cuanto al autor del engaño, el artículo 1515 del Código Civil sugiere que el artífice del dolo sea la parte con la que se contrata. El sentido de parte en este caso excluye a los terceros que pueden haber

[32] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 abril 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

[33] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1936, M. P. Ricardo Hinestrosa Daza.

inducido al contratante, en cuanto sean genuinos terceros no vinculados con las partes. Cuando el tercero es un enviado de la parte, su cómplice, representante o agente, estamos frente al contratante doloso que actúa por extensión y por tanto el engaño tiene el mérito de anular el contrato.

En los demás casos, el dolo no es causal de nulidad relativa del acto y, por tanto, solo le permite a la víctima aspirar al pago de una indemnización, mas no a buscar la ineficacia del acto. La jurisprudencia ha ejemplificado esta situación al sostener: "Es de anotar, que en general se miran con tolerancia benévola ciertos actos de que son por ejemplo las exageraciones del vendedor sobre las excelencias de su mercancía, lo que llegan a lo sumo al llamado *dolus bonus* y a producir acción de perjuicios; es el dolo malo el capaz de invalidar contratos"[34].

Por último, como principio general el dolo no se presume y debe probarse. En este sentido, es conveniente observar que la prueba del dolo requiere ser directa, lo que supone una carga muy rigurosa para el demandante.

f) *Causa real y lícita*. Respecto de la causa de los actos, hay abundante doctrina acerca de la historia de esta institución y los fundamentos conceptuales atinentes a este elemento subjetivo del acto jurídico[35].

Para los efectos de este capítulo, simplemente nos referiremos a la regulación que en la práctica se aplica a nuestro sistema legal, independientemente del enfoque filosófico que sirvió de antecedente a la versión final del Código Civil. Conforme al artículo 1524, inciso 2º, del Código Civil, la causa es el motivo determinante que induce a la celebración del contrato. La causa debe ser el elemento sin el cual el acto no se celebraría.

La causa del acto jurídico no se considera un elemento esencial para su existencia, pero forma parte del concepto general de la declaración de voluntad. La voluntad del contrato va encaminada a producir los efectos del objeto, y la causa que mueve a las partes es la formación de ese vínculo jurídico para que con la ejecución de las prestaciones se produzca la mutua satisfacción de los contratantes.

Como se expuso en la parte inicial del capítulo, la causa como un elemento de la voluntad, en los actos pluripersonales, para que tenga relevancia jurídica debe ser común para los contratantes. Así, la parte de la voluntad que no se exterioriza y se conserva dentro de la intimidad

[34] *Ibid*.

[35] Cubides Camacho, *op. cit.,* págs. 256-260.

del sujeto no puede ser conocida ni presumida por los demás y por ende pierde toda importancia. En los actos unipersonales, el móvil del autor del acto también debe ser exteriorizado, pero no debe ser necesariamente una forma de causa común. El Código Civil no precisa el carácter común de la causa, pero en el artículo 101 del Código de Comercio se desarrolla el mismo concepto precisando este carácter común.

Sobre la relación entre la causa y el error, la doctrina ha producido diversas opiniones, dado que el tratamiento legal de los dos conceptos no es totalmente claro. En efecto, buena parte de los tratadistas observan los defectos en la causa como una forma de error. Dentro de estos se encuentran OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, que explican: "de suerte que no hay duda de que dichas disposiciones (C. C., arts. 1511 y 1512) consagran el error en los móviles o motivos determinantes como vicio de la voluntad"[36]. Igual opina TAMAYO LOMBANA, pues señala que "de acuerdo con lo visto, el error sobre la causa consiste en la equivocación sobre el móvil que llevó a dar el consentimiento. Por otra parte, se vio igualmente que por sustancia entiende la doctrina moderna no solo la materia de que está hecha la cosa, sino también cualquier cualidad o propiedad de esta y, en general, cualquier elemento determinante de la voluntad contractual. Y, como consecuencia, se convertirá en error sustancial la falsa creencia en una cualidad que se atribuyó a la cosa que fue motivo determinante del consentimiento"[37].

Tal afirmación tiene además sentido considerando que el error en cuanto a las calidades accidentales de la cosa (C. C., art. 1511, inc. 2º) es un caso claro de defecto en la causa, al igual que el error esencial común de que trata el artículo 101 del Código de Comercio. No obstante, creemos que hay una diferencia conceptual entre el concepto del error como vicio de la voluntad y la causa. El error no debe ser siempre un equívoco común de los contratantes, como se ve en la mayoría de los casos de este vicio, mientras que la causa *siempre* debe ser común. De haberse eliminado la norma sobre el error por las calidades especiales de la cosa, la situación daría lugar igualmente a la nulidad absoluta por falsedad en la causa.

La causa como condición de validez del acto jurídico debe ser real (C. C., art. 1524), lo que supone que los hechos asumidos por las partes

[36] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.,* pág. 202.

[37] ALBERTO TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes,* 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, pág. 161.

y sin los cuales no habrían contratado deben ser ciertos. En caso de no ser ciertos, habría un defecto en la formación del acto jurídico, el cual daría lugar a la nulidad relativa, en tanto está prevista como sanción residual para todos los vicios de formación distintos de la causa u objeto ilícitos o ausencia de la formalidad (C. C., art. 1741, inc. 3º).

Por último, la causa debe ser lícita, lo que supone varias apreciaciones. En primer término, los efectos inmediatos buscados por los contratantes, es decir, las prestaciones que surgen del acto que en su conjunto componen el objeto jurídico del contrato, deben tener contenido lícito. En segundo término, los fines últimos del acto también deben corresponder a un objetivo lícito; cuando las prestaciones pactadas son ilícitas, la causa es necesariamente ilegítima, pero puede ser ese objeto lícito y perseguir un fin contrario a la ley, lo que conduce también a la causa ilícita. Por este motivo se dice que cuando el objeto jurídico es ilícito, la causa siempre lo será, pero al contrario, la causa ilícita no necesariamente supone prestaciones contrarias a la ley.

La causa ilícita acarrea la nulidad absoluta del acto (C. C., art. 1741).

g) *Objeto lícito*. El objeto, como elemento esencial del acto jurídico, debe existir; de lo contrario, el acto no se formará. La licitud del objeto no es condición de existencia, pero sí de validez, lo que implica que su ilegitimidad debe producir la nulidad absoluta (*id.,* art. 1741).

Hay objeto ilícito cuando las prestaciones del acto son violatorias de alguna norma de orden público. La ley con frecuencia se refiere en el mismo sentido a las buenas costumbres. Este segundo término debe tenerse como sinónimo del primero, por lo que el objeto ilícito solo se configura cuando el pacto contraviene una disposición de carácter imperativo.

Además, hay objeto ilícito en aquellos eventos especiales en los que la ley ha prohibido determinados contratos, como en los casos señalados en el artículo 1519 del Código Civil, que establece la prohibición de prometer "someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella"; el 1520, que prohíbe contratar sobre el derecho de suceder a una persona viva; el 1521, que prohíbe la enajenación de: 1) cosas que no estén en el comercio; 2) derechos que no puedan transferirse; 3) cosas embargadas, salvo que el juez autorice o el acreedor consienta en ello. Así mismo, en otros capítulos del Código existen prohibiciones expresas en cuanto a los objetos de los contratos. Por ejemplo, el artículo 424 estipula que "el derecho a pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte ni venderse ni

cederse de modo alguno, ni renunciarse". Por su parte, el artículo 1773 del Código Civil trae otro caso respecto de las capitulaciones matrimoniales, cuando establece que no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes y que no serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada uno de los cónyuges.

Respecto de la ilicitud de la venta del bien embargado, la jurisprudencia ha señalado que "[...] la promesa de vender un inmueble embargado es válida, puesto que la simple promesa de contrato no es un acto de enajenación, y por lo mismo su objeto es la perfección del contrato prometido que es necesario no confundir con el objeto del contrato de venta, que es la cosa vendida; por consiguiente, si cuando se verifica la promesa el objeto del contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón que el objeto de la promesa está fuera del comercio, ya que hay distinción real entre el uno y el otro. Puede prometerse, pues, la venta de una cosa que en la fecha de la promesa está embargada, como puede prometerse la venta de cosa ajena. Si para perfeccionar el contrato prometido, el promitente vendedor libera la cosa, la pondrá en condiciones de ser objeto lícito del contrato. Si no la libera, el contrato no podrá perfeccionarse por culpa del promitente vendedor, quien se tendrá como infractor de la promesa"[38].

En tal sentido se pronunció la Corte en sentencia de 1999: "[...] no puede pensarse que el remate o venta subsiguiente de los derechos prometidos repercuta sobre la validez del contrato de promesa de compraventa, por cuanto la nulidad predicable respecto de un determinado contrato debe calificarse a la luz de las condiciones existentes al momento de celebrarse y no de circunstancias venideras que, en modo alguno, puedan alterar tales condiciones concurrentes al producirse la manifestación de voluntad, pues una cosa es privar de efectos a esta última por defectos que le son inherentes, es decir, que le conciernen intrínsecamente a su estructura jurídica (validez) y otra bien distinta, la privación de su eficacia funcional o extrínseca por circunstancias sobrevenidas que tienden a evitar, por medios diversos, el mantenimiento de una regulación negocial de intereses válidamente realizada en un comienzo, pero que hacia el futuro se torna carente de sentido práctico frente a los fines que determinaron aquella manifestación de voluntad"[39].

[38] C. S. de J., sent. de 26 marzo 1999, "G. J.", t. CLIX, pág. 89, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[39] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 26 mayo 1999, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

2. Ineficacia por inexistencia

Como se expuso de manera detallada al comienzo, hay lugar a la existencia del acto jurídico cuando se reúnen los elementos de la esencia, es decir, aquellos sin los cuales el acto no genera efecto alguno en los términos del artículo 1501 del Código Civil. Son estos elementos la declaración de *voluntad* encaminada a generar un *efecto jurídico*. Cuando se trata de actos en los que la *solemnidad* es condición de existencia, la expresión de voluntad debe revestirse de esta solemnidad. Respecto de la inexistencia, la doctrina ha establecido que "la inexistencia del contrato implica que nunca hubo contrato, a pesar de que se hayan ejecutado actos con fundamento en él. El Código Civil contiene casos de inexistencia, por lo menos implícitamente: la identidad de sexo de los cónyuges en el matrimonio, la falta de solemnidad, entre otros"[40]. Por su parte, Cubides Camacho ha señalado que la ausencia de un elemento esencial constituye la inexistencia: "Como su nombre lo indica, hay elementos que son de la esencia de la obligación civil, es decir, condiciones sin las cuales el vínculo no existe. Si falta uno de los sujetos, o si el objeto no es posible, o si no está determinado ni es determinable, o si, en fin, no puede deducirse la relación que une a los sujetos de modo tal que el sujeto activo pueda exigir la prestación y el pasivo deba cumplirla, no hay obligación civil, y por lo tanto no puede pretenderse que resulten efectos jurídicos"[41].

Claramente estos elementos, *sin los que el acto no existe*, son diferentes de aquellas condiciones que le dan valor al acto. Las condiciones de validez tienen como premisa la preexistencia del acto, por lo que no le es dable al juez pronunciarse sobre el valor del acto de antemano, al que debe reconocer como inexistente. En este sentido, la legislación civil diferencia entre los elementos de existencia (C. C., art. 1501) y los de validez (*id*., art. 1740), siendo los segundos la *capacidad* del contratante, el *consentimiento libre de vicios*, la *causa real y lícita*, el *objeto lícito* y las *solemnidades no ad substantiam*.

La doctrina y la jurisprudencia han debatido extensamente esta distinción entre los elementos de existencia y los de validez, como fundamentos diferentes del acto: "Cuestión diferente se plantea en la lógica cuando un acto se ha formado con todos los elementos esenciales; pero razones que ya no se refieren a este aspecto ontológico, sino a la

[40] Eduardo Álvarez Correa, *Curso de obligaciones,* t. i, Bogotá, 1988, pág. 140.

[41] Cubides Camacho, *op. cit.,* pág. 386.

protección que la ley quiera prestarles a los agentes o a terceros, o al interés general, lo condena a su ulterior destrucción y al aniquilamiento de la eficacia que provisoriamente haya alcanzado.

"En suma: confundir la inexistencia de los actos jurídicos con su nulidad, o considerar que la primera es una noción inoperante e inútil, es un grave error filosófico y jurídico, en buena hora rectificado expresamente por nuestro Código Civil, en contra de lo que en alguna oportunidad dictaminó la Corte Suprema de Justicia, inspirada en opiniones foráneas"[42]. Un ejemplo expone la manera en que la Corte confundía los conceptos de inexistencia y nulidad en la sentencia del 15 de septiembre de 1943, en la que se expuso que "si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido la ocasión de precisarlo la Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión *contratos inexistentes* es en sí misma contradictoria. Y lo es porque el concepto de contrato enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa, pero en todo caso existente; es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio, el calificativo inexistente es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo"[43].

No obstante, en la legislación colombiana, la diferencia es evidente y nuestra versión del artículo 1501 del Código Civil proviene directamente del enfoque de POTHIER al respecto. Así mismo, la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de establecer una clara diferencia entre los dos conceptos: "En verdad que como al unísono lo pregonan doctrinas y jurisprudencias, la nulidad y la inexistencia son conceptos jurídicos diferentes. Ello no obstante, en la inexistencia jurídica de un acto no puede negarse que el negocio existe como hecho, aunque imperfectamente formado y carente de algún elemento esencial; sin embargo, de lo cual como produce efectos jurídicos así estos obviamente no sean los propios del acto regularmente realizado, el ordenamiento positivo lo toma en cuenta. De ahí que como atinadamente lo observa JOSSERAND en su *Cours de droit civil positif*, «El acto inexistente es al menos, un

[42] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.,* págs. 438-439.

[43] Una sentencia que ilustra esta confusión es: C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 1943, M. P. Daniel Anzola.

acto abortado; es, en verdad, algo más que la nada. De ahí que de él puedan surgir ciertos efectos jurídicos a título excepcional»"[44].

A su turno, el Código de Comercio distinguió de manera expresa el concepto de inexistencia (C. C., art. 898) frente al de nulidad en los artículos 899 para los casos de nulidad absoluta y el artículo 900 del Código de Comercio para la nulidad relativa; constituye esta articulación más explícita de la misma regla civil un avance para la clarificación de estos dos conceptos básicos.

A) *Declaratoria de inexistencia*

Los jueces colombianos han reconocido la inexistencia como un defecto intrínseco del acto que impide su formación *ab initio,* lo que supone unas profundas diferencias frente los vicios de nulidad, en los que no hay ineficacia del acto en forma automática. Así, la jurisprudencia ha reconocido que "[...] en términos lógicos, la noción de inexistencia no solo es ineludible, sino que resulta impecable: el negocio jurídico es inexistente como tal, cuando no se reconoce a plenitud su definición legal o social: de no recorrerse en la práctica la definición de una de las varias categorías de negocio, no puede decirse que haya disposición de intereses; la tentativa ocurre en la forma más absoluta de ineficacia que pueda concebirse, y por lo tanto, queda reducido al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva es irrelevante cuando en la práctica la aplicación del supuesto hecho es incompleta o resulta contradictoria, y esa falta de plenitud o esa antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo jurídico negocial"[45].

Desde 1968 ya se había dado este reconocimiento de la jurisprudencia a la inexistencia como figura autónoma: "[...] la propia negativa del ser o inexistencia [es un] fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales que se desenvuelven con entera individualidad"[46]. Este reconocimiento resultaba imperativo bajo los textos civiles citados

[44] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1984, M. P. Humberto Murcia Ballén.

[45] Laudo arbitral. Hinestrosa, *op. cit.*

[46] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 1968, "G. J.", t. cxxiv, M. P. Fernando Hinestrosa.

y la expedición posterior de las normas comerciales que simplemente reprodujeron de forma más explícita la misma regla de derecho del sistema civil. No obstante, existe una verdadera confusión en cuanto a la vía judicial para declarar la inexistencia.

En efecto, la posición de la Corte Suprema de Justicia ha consistido en que a pesar de la diferencia conceptual de las dos instituciones, la acción de ineficacia por inexistencia no está prevista en la legislación civil, a diferencia de la acción de nulidad absoluta y relativa. En consecuencia, la vía por la cual debe atacarse el acto inexistente es el ejercicio de la acción de nulidad absoluta.

"Mas si la Corte ha reconocido la diferencia que conceptualmente hay entre la inexistencia y la nulidad absoluta de un acto, no ha dejado de observar, empero, que el sistema procesal colombiano no ofrece para declarar judicialmente la inexistencia un camino peculiar y distinto del establecido para la nulidad, por lo que resulta en verdad inoficioso, al menos desde el punto de vista puramente práctico, insistir en la disimilitud de tales fenómenos. Por consiguiente, cuando atemperando su conducta a los principios de la lógica y de la ley, el juzgador de instancia omite declarar la demandada inexistencia de un contrato por no considerarla como figura jurídica de atributos propios, pero en cambio declara la nulidad de ese contrato, pues encuentra que su formación fue viciosa por falta de alguno de sus elementos esenciales, su apreciación dista, y en mucho, de ser manifiesta u ostensiblemente equivocada"[47].

Para contribuir a esta argumentación se cita el tratamiento legal que se les da a las solemnidades, según el cual la falta de estas es causa de nulidad absoluta, sin que se haga ninguna anotación a la diferencia entre las solemnidades sustanciales frente a las que solo contribuyen a la prueba. En el caso, la Corte reconoce la falta de las solemnidades, pero no hace diferenciación alguna entre las *ad sustantium* y las que no lo son: "Cuando la promesa carece de cualquiera de las exigencias legales previstas por el artículo 89 de la ley 153 de 1887, tal caso se encuentra afectado de nulidad absoluta, como claramente se desprende del artículo 1741 del Código Civil. «Si la promesa de contrato —señala la doctrina de la Corte— es un pacto solemne y si la ley señala las circunstancias o requisitos esenciales que deben concurrir para la existencia o validez, bien se comprende que la promesa en que se haya

[47] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1984, M. P. Humberto Murcia Ballén.

omitido alguna de tales circunstancias es nula de nulidad absoluta, el tenor de lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil»"[48].

Así mismo, la Corte identifica y reconoce la indeterminación del objeto de la promesa de compraventa cuando señala: "[...] Pero existe otra razón para exigir que en el escrito de promesa de compraventa de bienes raíces se precise en qué notaría ha de otorgarse la correspondiente escritura de compraventa; de la promesa mencionada nace una obligación de hacer, pues los promitentes acuerdan, como sujeta materia de la promesa, el otorgamiento de la escritura; es este hecho el objeto prometido. Por consiguiente, si ante cualquier notario del país o de quien haga a sus veces en el exterior, se puede otorgar la escritura pública de venta de cualquier inmueble situado en el territorio nacional, sírvase que *es necesario precisar ante cuál de todos ellos debe hacerse el otorgamiento de ese acto, porque si se pasara en silencio tal precisión, habría indeterminación de objeto en el contrato de promesa*"[49] (bastardilla fuera del texto).

Así las cosas, la Corte no solo advirtió que no se estaban cumpliendo las solemnidades del contrato, sino que además había objeto indeterminado. Sin embargo, la sanción impuesta al negocio jurídico fue la nulidad absoluta y no la inexistencia.

En sentencia posterior, la Corte, refiriéndose a la solemnidad de los actos, vuelve a caer en el error de indicar que la ausencia de un requisito *ad sustantitum actus* genera nulidad y no inexistencia: "Los contratos solemnes o formales, según lo dice el art. 1500 del C. C. son aquellos que están sujetos «a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil», es decir, aquellos en los cuales el consenso de las partes por sí solo no produce su perfeccionamiento y por ende resulta inapropiado para generar las obligaciones. Cuando hay contrato solemne —ha dicho la Corte— la formalidad se exige so pena de nulidad, o sea que imperativamente la impone la ley y la voluntad por sí sola resulta impotente para hacer nacer un acto válido.

"[...] 3) Ahora, como antes quedó expuesto, uno de los motivos de nulidad de los contratos expresamente establecido por el Código Civil tiene que ver con la omisión de las formalidades *ad sustantiam*

[48] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 1954, citada en C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1981, M. P. Alberto Ospina Botero.

[49] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 enero 1979, citada en C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1981, M. P. Alberto Ospina Botero.

actus, o sea las prescritas por la ley «para el valor del mismo acto o contrato», «en consideración» a su «naturaleza». No se trata entonces de la ausencia de cualquier formalidad, sino de aquella que la propia ley consideró como un complemento necesario de la voluntad, al estimar que esta por sí sola no era idónea o suficiente para producir el correspondiente efecto jurídico. De manera que esa formalidad tiene que ser exigida por la propia ley, que además debe asignarle el carácter *ad sustantiam actus,* pues solo así se estaría frente a un requisito cuya desatención generaría la nulidad absoluta del acto o contrato, dado el régimen de reserva y taxatividad que en materia de nulidades consagra el Código Civil. La omisión de otros requisitos y formalidades que no estén prescritos por la ley «para el valor» del acto o contrato genera consecuencias distintas, pero no la nulidad absoluta que se examina en este evento"[50].

Así se ejemplifica claramente que aunque la Corte ha reconocido el concepto de la inexistencia como diferente del de la validez del acto, en la práctica se siguen confundiendo estos dos conceptos.

En el régimen civil, las acciones judiciales no están siempre definidas en cuanto se trata de un estatuto sustantivo. Evidentemente por razones históricas algunas instituciones de vieja data están reguladas en la codificación, incluso las normas sustanciales y algunas de carácter procesal, como es el caso de las nulidades. No obstante, este no es el caso de todas las instituciones, y es conveniente mencionar la simulación, que con fundamento en escasas normas sustanciales dispersas, se ha erigido como una acción de uso frecuente que hoy tiene un desarrollo ejemplar de jurisprudencia. En efecto, la Constitución consagró la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma en el artículo 228. La Corte Constitucional se pronunció respecto a este artículo y señaló que "[...] en la medida en que la interpretación que se haga de las normas procesales que consolidan el acceso a la justicia, en virtud de este principio, debe entenderse «en el sentido que resulta más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley»[51 y 52]. Así pues, si bien no está consagrada una acción para la declaratoria de la inexistencia de un acto, dándole aplicación a este principio constitucional, los jueces deberían

[50] C. S, de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 mayo 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

[51] Corte Const., sent. C-426 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[52] Corte Const., sent. C-183 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

reconocer la inexistencia como una figura autónoma en nuestro ordenamiento y declararla aunque no haya una acción específica para rogarla.

El tratamiento de la acción de simulación no puede ser excepcional, sino por el contrario, la regla que se ha de seguir para asegurar que las normas sustanciales tengan asegurada una adecuada tutela con el uso de los instrumentos procesales disponibles. Por este motivo, la ausencia de consagración legal de una acción especial no supone que el derecho sustantivo deje de aplicarse, ni tampoco que deba aplicarse por una vía procesal que resulta inadecuada en razón a sus efectos particulares diversos.

En efecto, la acción dirigida a obtener la declaratoria de inexistencia del acto que no reúne las condiciones para existir debe ser el proceso ordinario, con los efectos y características que la figura de la inexistencia le impone, y no bajo el régimen de la acción de nulidad, a causa de las diferencias sustanciales que la declaratoria de una y otra entraña.

B) *Acto aparente*

El acto putativo o aparente es aquel que tiene todo el aspecto exterior de haberse formado de manera regular, a pesar de carecer de uno de los elementos indispensables para su existencia. Estos actos están revestidos de la presunción de legalidad y sirven de fundamento para que los terceros actúen en consecuencia.

Como ejemplo de estos actos, hay varios casos que resulta pertinente citar. En la simulación absoluta se presenta un acto público que tiene toda la apariencia de existir, pero en la realidad íntima de ese contexto contractual el elemento de la voluntad falta, y por ende el contrato es inexistente. La acción de simulación entre partes inmediatamente contratantes se endereza a establecer precisamente la verdad real, que es la inexistencia del vínculo ficticio. Lo mismo ocurre en los casos en los que el acto se forma, pero entre la voluntad de cada uno de los contratantes hay tal grado de divergencia que no es posible predicar el error como vicio del consentimiento, sino el total disentimiento. Caso similar ocurre cuando se celebra un contrato sobre una cosa que ya no podrá existir, lo que conduce a un objeto imposible y, por ende, a un contrato inexistente.

El contrato inexistente que tiene toda la apariencia de existir, bajo la presunción de legalidad, debe generar los efectos jurídicos que le son propios, y solo puede llegar a la ineficacia a partir de un pronunciamiento

judicial que desentrañe la carencia de uno cualquiera de los elementos "sin los cuales no genera efecto alguno". Para estos casos es imperiosa una declaración judicial, ya que de lo contrario deberá prevalecer la apariencia de existir en cuanto esta es la realidad con la que los terceros de buena fe exenta de culpa actuarán en el futuro.

Por el contrario, los actos abiertamente inexistentes pueden ser desconocidos por el juez, las partes y los terceros, sin necesidad de una declaración judicial que se pronuncie al respecto, pues la carencia de los elementos esenciales es ostensible. Respecto de estos actos no es necesario el pronunciamiento judicial, y las partes pueden actuar bajo el desconocimiento del acto desde el comienzo. En efecto, la obvia falta de un elemento esencial le despoja al acto de la presunción de legalidad, por lo que no llega a existir ni siquiera aparentemente.

Como consecuencia de la distinción anterior, el acto aparente o putativo tiene las características que se explican a continuación. Estos actos son eficaces hasta cuando se produzca una declaratoria en contrario, por la presunción de legalidad. En el caso de que no se produzca una sentencia que reconozca la inexistencia, transcurrido el término de prescripción ordinaria se consolidarán como actos plenamente eficaces para proteger a los terceros al darle efectos jurídicos a la situación de hecho impuesta de manera irregular.

C) *Efectos de la inexistencia*

Conforme a la explicación anterior, la declaratoria de inexistencia solo resulta necesaria para los actos aparentemente existentes o putativos, siendo perfectamente legítima la facultad de las partes de desconocer las obligaciones emanadas de un contrato abiertamente ineficaz por el defecto sustancial en su formación.

De esta forma, los actos claramente ineficaces carecen de efectos, mientras que los putativos sí los generan por la presunción de legalidad, y es menester obtener un fallo judicial para hacer cesar estos efectos. A continuación se analizan los efectos de la declaratoria de inexistencia del contrato.

• El efecto principal de la declaratoria de inexistencia es destruir la presunción de legalidad de la cual goza el acto, y en consecuencia extinguirle sus efectos.

• Una vez probada la inexistencia, el acto pierde todos sus efectos, como si nunca hubiera existido. Esta es la consecuencia lógica de cualquier acto al que le faltan los elementos esenciales, sea o no evidente esta falencia.

• Los actos ejecutorios o las prestaciones inexistentes que se han ejecutado se tendrán como un pago de lo no debido, y habrá lugar a las acciones personales o reales que se derivan de este aspecto. En este sentido, debe darse una solución distinta de la prevista en la ley para las nulidades, según la cual el fallo debe concederles a las partes las mutuas restituciones (C. C., art. 1746). Como es natural, para el caso de la inexistencia no hay una norma que provea una solución especial, por lo que es necesario aplicar la acción derivada del pago de lo no debido, como antes se expuso. Respecto de los requisitos para la acción de repetición por el pago de lo no debido, la jurisprudencia ha indicado que "para la acción consagrada en el artículo 2315 se requiere: 1) el pago; 2) la falta de causa; 3) el error de hecho o de derecho de quien paga; 4) la ausencia siquiera de una obligación natural que pudiera autorizar una retención de lo debidamente pagado"[53]. Así, cuando se estuviere frente a un caso de inexistencia, sería necesario demostrar el cumplimiento de los elementos señalados para la procedencia de la acción.

• En lo que hace relación a los terceros poseedores de bienes transados en el acto inexistente, respecto de ellos el fallo puede no serles oponible y por ende será necesario adelantar la acción real de reivindicación con los criterios particulares para su prosperidad.

• El vicio de inexistencia no se puede sanear por medio de la ratificación. La solución aparentemente adoptada en este sentido por el artículo 898 del Código de Comercio no es propiamente una figura de saneamiento, sino de una nueva celebración del contrato. Así lo ha entendido la Superintendencia de Sociedades al explicar que "un examen cuidadoso del contexto de esta norma (art. 898) despeja todo equívoco de que el requisito exigido allí, por el legislador, no es propiamente una ratificación del acto inexistente, sino una nueva celebración del mismo, con todas las solemnidades legales, porque solo de esta manera se entiende que el acto o contrato se perfeccione, o dicho de otro modo, surta efectos solo a partir de su ratificación, cuando la consecuencia natural y jurídica del fenómeno de la ratificación, es la de hacer que el negocio jurídico ratificado, genere la plenitud de sus efectos desde el instante mismo de su constitución o celebración, vale decir, retroactivamente y no desde la fecha de su ratificación"[54].

La prescripción tampoco puede sanear el vicio, aunque produce un efecto similar, como es reconocer la consolidación de la situación de

[53] C. S. de J., Sala Civil de Única Instancia, sent. de 6 julio 1936.

[54] Superintendencia de Sociedades, res. 3193 de 11 julio 1973.

hecho que viene generando efectos jurídicos, para permitir que los siga generando. Cuando se produce la extinción de la acción de ineficacia por causa de la prescripción, el acto aparente consolida su presunción de validez por la extinción de la vía judicial para destruirla, sin que por esto adquiera las condiciones de existencia.

3. INEFICACIA POR NULIDAD

En cuanto a la razón de ser de las nulidades, la Corte Constitucional ha expresado: "Una manifestación de dicha reacción del ordenamiento jurídico frente a los actos contrarios al mismo son las nulidades en el campo del derecho privado, las cuales, conforme al criterio predominante en los ordenamientos estatales[,] deben ser declaradas por la jurisdicción y producen efectos retroactivos, es decir, restablecen la situación anterior al acto invalidado, como si este no hubiera existido. Dicha contrariedad proviene de la infracción por los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada: 1) de normas de carácter imperativo, que tienen interés general, o 2) del orden público, que conforme a la doctrina actual tiene un componente tradicional de carácter político y moral, que busca hacer respetar la organización del Estado, la familia y la moralidad pública, y un componente moderno o reciente de carácter económico y social"[55].

La ineficacia que se deriva de la nulidad es la sanción tradicional del sistema civil, que se impone cuando falta alguno de los requisitos previstos para darle pleno valor al acto jurídico. No bien el acto existe por contener todos los elementos esenciales, produce efectos jurídicos plenos, por lo cual las obligaciones contenidas en su objeto adquieren el pleno valor vinculante. Como consecuencia de este poder vinculante, cada una de las partes debe ejecutar las obligaciones adquiridas y procurar cumplir los fines del contrato y las expectativas generadas en el acto. No obstante la premisa anterior, la eficacia puede verse truncada como resultado de la declaración judicial que se pronuncie sobre la carencia de un requisito de validez, que tenga el mérito suficiente para liberar a las partes de manera irregular, es decir, excusando el cumplimiento del objeto jurídico que surgió.

La nulidad se divide en dos tipos distintos, a saber: la absoluta y la relativa, las cuales corresponden en nuestro ordenamiento a diferentes causales que se han separado atendiendo a la gravedad de la

[55] Corte Const., sent. C-993, de 29 noviembre 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería.

infracción. Como antecedente a esta distinción es pertinente observar que la doctrina y las legislaciones que evolucionaron a partir del derecho romano han generado una verdadera controversia en lo que respecta a la naturaleza y características de las nulidades, la cual no debe trascender en la interpretación de las normas civiles y comerciales colombianas. En torno al debate de las nulidades, Ripert y Boulanger señalan la inconveniencia que podrían tener estas sanciones del acto jurídico. Enseñan estos autores que "el control *a posteriori* de la validez de los actos jurídicos no deja de tener graves inconvenientes. Deja en efecto que los interesados creen una apariencia contraria a la realidad. El contrato nulo produce sus efectos hasta tanto no [*sic*] haya sido anulado; es necesario destruirlos luego y esa destrucción puede ser causa de un importante perjuicio, no solo para las partes sino también para los terceros"[56].

En este numeral se analizan las condiciones y efectos de la ineficacia derivada de la nulidad absoluta y relativa, pero antes se tratará el tema referente al principio de la conservación del acto jurídico, en la medida en que la nulidad del acto es una sanción que solo procede cuando no es posible procurar su conservación y por ende preservar los efectos naturales previstos por las partes.

A) *Principio de conservación del acto*

Cuando un acto reúne las condiciones para su existencia, nacen todos los efectos jurídicos. Estos efectos deben mantenerse, salvo que sobrevenga la ineficacia originada en un defecto en la formación del acto que conduzca a la declaración judicial de nulidad. No obstante, antes que se invalide el acto, el fallador deberá dar aplicación al principio de *conservación* del acto jurídico, para respetar la verdadera intención de los contratantes. Según el principio de conservación, el acto debe generar derechos y obligaciones que deben extinguirse por el pago, y solo excepcionalmente por la intervención extraordinaria del juez que decreta la nulidad.

La conservación del acto está igualmente ligada al concepto de la *conversión,* según el cual, si el acto no genera los efectos aparentemente previstos, deberá producir los que mejor reflejen la verdadera intención de los contratantes.

El principio referido tiene apoyo en varias disposiciones, dentro de las cuales debe mencionarse el artículo 1620 del Código Civil, según

[56] Ripert y Boulanger, *op. cit.,* pág. 410.

el cual en la interpretación del contrato debe procurarse que las estipulaciones produzcan efectos jurídicos, en lugar de darles un sentido que cause la ineficacia. Consistente con este concepto, el artículo 1501 del Código Civil señala que los elementos esenciales del acto son aquellos sin los cuales no existe o genera los efectos de otro contrato distinto. Este segundo caso se refiere a la equivocada nominación del acto por las partes, pero conservando de cualquier forma su plena eficacia.

En este mismo sentido, debe observarse que la ley ha formulado las reglas sobre los vicios del consentimiento en forma restrictiva, procurando preservar el acto antes que prohijar la invalidación. Este es el caso del dolo, que normalmente tiene como efecto el nacimiento de la obligación de indemnizar, antes que ser causal de ineficacia. Aun en el caso de que deba sobrevenir la nulidad del contrato, no siempre sus efectos desaparecen de forma automática, ya que la reversión de las prestaciones ejecutadas solo procede con ciertas reglas restrictivas (C. C., arts. 1525, 1746 y 1747). Igualmente, las obligaciones ejecutadas por el menor adulto que forma parte de un contrato nulo relativamente son naturales, por lo que una vez pagadas no dan lugar a la restitución.

Por último, debe mencionarse el desarrollo del mismo principio en el Código de Comercio en el tratamiento de la nulidad parcial del contrato, según la cual la nulidad de una cláusula en particular no vicia todo el acto, salvo que este se vea afectado en la causa, es decir, que la estipulación anulada sea un móvil fundamental para la celebración del acto (C. de Co., art. 902). A la nulidad parcial se ha referido la doctrina en los siguientes términos frente a la invalidez de una cláusula arbitral: "Un principio rector en esta materia enseña que a la expresión de voluntad de los particulares se le deben reconocer efectos mientras el vicio no afecte la esencia del negocio jurídico. Es así como el artículo 902 del Código de Comercio, al regular la nulidad parcial de un contrato[,] establece que ella solo acarrea la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de la nulidad, vale decir, cuando aquella es indisoluble al contrato mismo. De tal manera que el vicio que afecte cualquiera de los pactos accesorios en la cláusula compromisoria o en el compromiso, no puede tener alcance de afectar de nulidades todo el contrato arbitral"[57].

[57] NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, *El pacto arbitral*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 69.

Tratamiento similar tiene la conversión del contrato nulo en el artículo 904 del Código de Comercio, que le da efectos al acto nulo, siempre que se respete la verdadera intención de los contratantes. La jurisprudencia arbitral ha señalado que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, las normas sobre interpretación de los contratos "[...] ordenan que debe prevalecer una interpretación que favorezca la incolumidad del contrato sobre una que conduzca a su invalidez («El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»), explicitada en el artículo 1620 del Código Civil. Se está en presencia, en este último evento, del principio que la moderna doctrina del derecho privado ha bautizado bajo la denominación de «la conservación de los actos jurídicos»"[58].

B) *Nulidad absoluta*

Da lugar a la ineficacia del acto y tiene como origen las causales expresamente definidas en el artículo 1741 del Código Civil, que son:

- Objeto ilícito.
- Causa ilícita.
- Omisión de la formalidad prevista para el valor del acto.
- Acto de un incapaz absoluto.

La enumeración anterior es taxativa, y la omisión de cualquier otro requisito genera la nulidad relativa, como lo expresa la citada norma. Para el caso colombiano, la separación entre las causales de nulidad absoluta y relativa obedece a la gravedad de los defectos en cada una.

a) *Declaración de nulidad absoluta*. Una de las particularidades de la nulidad absoluta es la forma como procede su declaración. En la vieja distinción entre nulidad absoluta y relativa, la ley señalaba que aquella operaba de pleno derecho, mientras que en la otra se requería petición de parte, y el acto era anulable o rescindible. La nulidad que operaba de pleno derecho no requería declaración judicial, y respecto del acto viciado no había presunción de legalidad. Este tipo de vicio tampoco era saneable, y las acciones correspondientes prescribían en treinta años. Este tratamiento legal ofrecía varias dificultades prácticas, las cuales fueron atendidas con la expedición de la ley 50 de 1936, la

[58] Laudo arbitral NEC Corporation y otros vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, en liquidación, 20 de diciembre de 2005. Árbitros: Carmen Mejía Martínez, Héctor Romero Díaz y Manuel Pretel de la Vega.

cual, en el artículo 2º, subrogó al artículo 1742 del Código Civil, sin que con esta nueva versión se hubieran solucionado todas las controversias conceptuales según la doctrina. Así, la doctrina ha formulado, entre otras, la siguiente crítica a la reforma: "Pero dicha ley, entre sus varios defectos incurrió en el de no haber reglamentado la eficacia de la ratificación en consonancia con el régimen de nulidad absoluta, el cual difiere sensiblemente del de nulidad relativa. Así, en relación con el tema que nos ocupa, o sea, el de quienes pueden ratificar el acto[,] la mencionada ley guardó silencio, dejando en el aire una incógnita sobre cuestión tan importante"[59].

Para que proceda la ineficacia causada por la nulidad absoluta es indispensable la declaratoria judicial, y el concepto de "pleno derecho" desapareció del ordenamiento.

Al igual que en la nulidad relativa, los titulares de la acción son primariamente las partes. Esta potestad no tiene restricciones, a pesar de que los efectos de la declaratoria de nulidad no pueden aprovechar a ciertos contratantes, como es el caso de la parte que conscientemente participa del acto con objeto ilícito. Como resultado, es factible que la parte pueda pedir la anulación, pero no pueda aprovecharse de ella. Es pertinente señalar que los sujetos que actúan como sucesores de las partes no se consideran verdaderos terceros, y respecto de ellos operan las mismas restricciones que para las partes que han sucedido.

La nulidad puede y *debe* ser declarada de oficio por el juez cuando se cumplan ciertas condiciones especiales definidas en la nueva versión del artículo 1742 del Código Civil.

Este deber del juez surge del hecho de que las causales que originan el vicio son de *orden público* y no de la simple disposición de las partes, como ocurre en la nulidad relativa. Para que proceda la declaratoria oficiosa, es necesario que la causal esté contenida en el acto nulo. Esta condición le impone al juez una verdadera limitación en el sentido práctico, ya que es necesario que del simple examen del acto surja la nulidad. En la práctica, las situaciones que cumplen esta condición son bastante raras, ya que es necesario que la determinación de la nulidad pueda hacerse *solamente* a partir del acto. Así, el juez dentro de un proceso puede llegar a la conclusión de que se encuentra frente a una venta absolutamente nula, por embargo del bien objeto del negocio jurídico. No obstante, si la prueba del embargo está disponible en el proceso, pero *fuera* del contrato de venta, no procederá la anulación oficiosa.

[59] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.,* pág. 482.

En segundo término, es necesario que la causal de nulidad sea evidente y palmaria, lo que supone que si la determinación de la causal requiere algún grado de análisis de parte del juez, no procederá su declaración oficiosa. La jurisprudencia ha señalado que además de los dos requisitos sustanciales anteriores es necesario que dentro del proceso en el cual se decreta la nulidad se encuentren citadas todas las partes del acto o contrato y que este se haya presentado para hacerse valer dentro del proceso. Esta condición de carácter procesal es importante, ya que no podría aceptarse la hipótesis de hacer un pronunciamiento de nulidad del contrato, con efectos respecto de unos contratantes parte del proceso, pero sin ellos frente a otras partes ausentes de la litis. En efecto, la jurisprudencia ha señalado: "Con fundamento en la reseña anterior y en lo que dispone el artículo 2º de la ley 50 de 1936, tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que por el contrario, se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes: 1ª) que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato; 2ª) que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y 3ª) que al litigio concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse sino con la audiencia de todos los que la celebraron"[60].

La nulidad también puede declararse a petición del representante del ministerio público o procurador. Esta facultad tiene como fundamento la naturaleza de orden público de las causales de nulidad absoluta, la cual es clara en el caso del contrato ilícito por causa u objeto, y por la ausencia de la formalidad. No obstante, tal regla ofrece cierta controversia en los casos de falta de capacidad suficiente, ya que en estas situaciones no aparece la vulneración del orden público de forma tan evidente, por tratarse de un vicio de la órbita estrictamente privada de uno de los contratantes.

Por último, la ineficacia puede sobrevenir a petición de los terceros interesados. Sobre este punto es pertinente hacer algunas reflexiones. La ley abrió el espacio para que la petición pudiera venir de sujetos distintos de las partes vinculadas al acto, con fundamento también en la

[60] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 febrero 1982, M. P. Alberto Ospina Botero.

naturaleza de orden público de este vicio, y como una clara excepción al principio de la relatividad del contrato, según el cual sus efectos deben restringirse a las partes inmediatamente contratantes y no a los terceros. Para legitimarse como titular de la acción, el tercero debe acreditar el legítimo interés, el cual debe tener seriedad y significado jurídico. Si bien la ponderación del interés está al arbitrio del juez y la ley no definió un criterio al menos indicativo, en la práctica se viene exigiendo que el actor demuestre efectos pecuniarios en la anulación del acto, aunque estos sean indirectos. Respecto a este punto, la jurisprudencia ha señalado que "[...] de ordinario la nulidad compete alegarla a las partes del contrato, tal posibilidad de impugnación se extiende excepcionalmente a los terceros, pero a condición de que «tengan interés en ello» (C. C., art. 1742). Es de ver cómo la sola circunstancia de que la ley haya hecho mención a los *terceros con interés*, estableció una distinción según la cual los terceros aledaños al contrato son de dos clases, unos con interés y otros que carecen de él. Vistas así las cosas, no todos los terceros son iguales, pues si lo fueran la ley no habría distinguido entre ellos para habilitar a quienes tienen interés, lo que de suyo excluye a quienes están desprovistos del mismo.

"No pueden entonces los terceros sin interés impugnar el contrato, ni siquiera pretextando la defensa del ordenamiento jurídico, pues tal prerrogativa le está concedida tan solo al juez en circunstancias especiales y de modo general al ministerio público.

"Por consiguiente, los terceros para quienes el acto es completamente indiferente, no podrían invocar la defensa de la moral y las buenas costumbres, como quiera que así estarían desplazando de su función al juez en caso de existir demanda judicial, o al ministerio público en todos los demás eventos"[61].

En cuanto al "interés" que deben tener los terceros, la jurisprudencia ha precisado: "Desde luego que el «interés» al cual se refiere el artículo inicialmente citado no es distinto al presupuesto material del interés para obrar que debe exhibir cualquier demandante, entendiendo por este el beneficio o utilidad que se derivaría del despacho favorable de la pretensión, el cual se traduce en el motivo o causa privada que determina la necesidad de demandar, que además de la relevancia jurídico-sustancial, debe ser *concreto,* o sea existir para el caso particular y con referencia a una determinada relación sustancial; *serio* en tanto

[61] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 abril 2006, M. P. Eduardo Villamil Portilla.

la sentencia favorable confiera un beneficio económico o moral, pero en el ámbito de la norma analizada restringido al primero, y *actual,* porque el interés debe existir para el momento de la demanda, descartándose por consiguiente las meras expectativas o las eventualidades, tales como los derechos futuros"[62].

En cuanto a quiénes pueden declarar la nulidad absoluta, algunos sectores de la doctrina han debatido la capacidad o competencia de los tribunales arbitrales para declarar la nulidad absoluta de un acto jurídico. Quienes se oponían a que la nulidad absoluta pudiera ser declarada por los árbitros sostenían que por ser esta de orden público, escapaba al ámbito de lo transigible y, por tanto, era ajena al juicio arbitral. Sin embargo, la jurisprudencia ya se pronunció sobre este punto y señaló: "Sin detenerse la Sala a describir los detalles de la función pública asignada excepcional y transitoriamente a los particulares en este caso, es claro que a los árbitros resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 6º del C. de P. C. en cuanto estatuye que las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y que en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. De la regulación constitucional y legal no es difícil inferir que a los tribunales de arbitramento se predica el principio de legalidad, esencia misma de todo Estado de derecho. Por lo mismo, los árbitros en derecho —como los jueces— están sometidos al imperio de la ley (C. P., arts. 1º, 6º, 122 y 230). Los anteriores razonamientos constituyen suficiente presupuesto para afirmar que resulta indiscutible que el juez arbitral debe atender la preceptiva contenida en el artículo 305 del C. de P. C. y en el inciso final del artículo 306 *eiusdem* y, por lo tanto, el Tribunal en su fallo debe observar el principio general del derecho procesal de consonancia en ellos previsto. *A juicio de la Sala, le incumbe de manera imperativa proceder a declarar la nulidad del contrato y, obviamente, debe pronunciarse expresamente sobre esta figura en los mismos términos en que debe hacerlo la justicia ordinaria*"[63] (bastardilla fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional se refirió al tema mediante la sentencia C-248 de 1999, en la que estudió la constitucionalidad del

[62] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 agosto 1999, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

[63] C. de E., Sección Tercera, sent. de 25 noviembre 2004, M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

parágrafo del artículo 116 de la ley 446 de 1998. La norma analizada establece que "la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y de la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, *podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato* y la decisión del tribunal será conducente *aunque el contrato sea nulo o inexistente*"[64]. (Bastardilla fuera de texto).

De la simple lectura de esta norma, es claro que los árbitros pueden pronunciarse sobre la existencia y la validez de los contratos. La Corte señaló que "la acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. *El parágrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato*. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir —es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa— y se evitan dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos"[65].

Así las cosas, no solo la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el tema, sino que además existe legislación expresa (decr. 2651 de 1991, art. 20, y ley 446 de 1998, art. 116, parg.), que señala la competencia de los árbitros para declarar la nulidad absoluta.

b) *Ratificación*. El acto absolutamente nulo se puede ratificar, excepto cuando la causal sea su ilicitud. La convalidación se limita a los casos de incapacidad u omisión de la formalidad que conduce a la ineficacia.

La primera de las hipótesis es clara, ya que el acto del incapaz absoluto no debe perdurar con el vicio después que la causal de incapacidad haya desaparecido o su representante haya intervenido para ratificarlo. La ratificación en este caso es similar al ejercicio de la acción, ya que solo puede hacerla la parte en interés de quien se establece la protección. Así, el incapaz puede hacer la ratificación aunque no adquiera facultad por desaparecer su limitación, o la puede hacer su representante. El acto de ratificación debe ser expreso o tácito, y es de la segunda clase el cumplimiento de las obligaciones propias del acto nulo. La Corte

[64] Corte Const., sent. C-248 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[65] *Ibid*.

ha señalado que la ratificación del acto puede ser expresa o tácita. A la ratificación tácita se refirió en los siguientes términos: "Desde luego, para que sea válida la mencionada ratificación, esto es, el acto por el cual se hacen desaparecer los vicios del contrato cuya nulidad habría podido ser invocada, para que todo suceda como si el contrato hubiera sido regular desde el principio, se requiere, tratándose de la ratificación tácita que es la que invoca el recurrente, de la «ejecución voluntaria de la obligación contratada», según los términos del artículo 1754 del Código Civil, que aunque concebido para la nulidad relativa, resulta aplicable al caso de la nulidad absoluta, inclusive con mayor razón, dado el interés público que sobre esta permea, y en consideración a que el artículo 2º de la ley 50 de 1936 autorizó el saneamiento de la nulidad absoluta cuando no es generada por objeto o causa ilícitas «por la ratificación de las partes», que en el caso no podría tener otro entendimiento que la celebración del contrato prometido, pues esta es la forma de ejecutar la obligación de hacer que el contrato de promesa genera"[66].

En el segundo caso de la carencia de la formalidad para el valor del acto, la convalidación también procede, pero exige la intervención de todos los contratantes que concurren al otorgamiento de la formalidad mediante la cual se sanea el vicio de nulidad.

El saneamiento del acto en la forma expuesta tiene efectos retroactivos y convalida el vicio como si nunca hubiera existido.

Por último, es conveniente hacer una referencia a algunas hipótesis del contrato ilícito y su posible convalidación. Cuando el contrato es contrario a una disposición de orden público vigente al momento de su celebración, hay nulidad absoluta. Sin embargo, no es clara la situación que se presenta cuando la disposición violada pierde vigencia posteriormente y el contrato resulta lícito según la ley posterior. En este caso puede presentarse algo similar a la ratificación, si las partes concurren a "convalidar" el acto previamente ilícito, llenando de nuevo todos los demás requisitos previstos en las normas. No obstante, en este caso, a diferencia de la ratificación, el acto que sanea debe verse como la nueva celebración del contrato, por lo que no tiene efectos retroactivos.

c) *Prescripción*. Con la reforma introducida en 1936 también se solucionó la controversia en cuanto a la prescripción de la acción de

[66] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

nulidad absoluta y se dejó claro que la acción encaminada a la declaratoria de la ineficacia se extinguiría con el plazo extraordinario de veinte años antes, hoy diez años. En materia comercial no hay norma expresa, por lo que el término de prescripción será el mismo. La prescripción no produce propiamente el saneamiento de acto nulo absolutamente, pero le concede la estabilidad y certeza que impone el paso del tiempo, en protección a los terceros y ante la necesidad de consolidar jurídicamente situaciones del pasado.

C) *Nulidad relativa*

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa, o rescisión, no se encuentra sujeta a las causales expresamente definidas en la sección de las nulidades. En este sentido, la nulidad relativa solo se da como resultado de cualquier vicio u omisión de requisito que no se haya prescrito como causal de nulidad absoluta, y les da carácter residual a los casos.

A partir de este concepto, puede decirse que las causales de nulidad relativa son las siguientes, según se expuso en la parte inicial del capítulo:

- Actos de incapaces relativos (C. C., art. 1745).
- Vicios del consentimiento (C. C., art. 1508).
- Falsa causa (C. C., art. 1524).

La lesión enorme puede considerarse causa de nulidad relativa, como lo han hecho algunos sectores, no obstante la verdadera naturaleza del vicio que conduce a esta rescisión. A su turno, la jurisprudencia marcó la diferencia entre la figura de la lesión enorme y la de la nulidad relativa. En este sentido, señaló: "La Sala estima que sin embargo que [*sic*] en el régimen civil colombiano la lesión no es motivo de nulidad relativa, puesto que el Código no la contempla como tal (art. 1750) y es hecho indiscutible que las nulidades son de carácter taxativo. Por ser la lesión institución excepcional, cuya estructura y cuyos efectos difieren notablemente de la que aquella otra tiene, no todo acto o contrato, sino unos pocos determinados de modo expreso por la ley, pueden ser rescindidos por esa causa especial, en tanto que la nulidad absoluta o relativa es capaz de herir por igual a todas las manifestaciones unilaterales o plurilaterales de voluntad.

"Así, no es exacto que en nuestro régimen la lesión sea vicio del consentimiento. El que acepta enajenar una cosa por precio inferior a la mitad o adquirirla por precio superior al doble del que se considera justo no hace proceso volitivo vicioso, o si lo hace no lo invoca como

causa cuando pide que el acto o contrato no rescinda por lesión. Su aceptación en estas circunstancias no implica de por sí una falsa noción del valor real de la cosa, ni una fuerza física o moral que lo constriña, ni un engaño del otro contratante, que fueran suficientes para inclinar su voluntad. La lesión está estructurada en Colombia sobre un *factor puramente objetivo* (el justo precio), con toda la independencia del móvil subjetivo y de la manera como esta haya influido en el consentimiento"[67].

Así mismo, la jurisprudencia ha diferenciado la figura de la lesión enorme de la de la nulidad, en cuanto a los efectos que producen los dos fenómenos frente al acto jurídico, tal como lo señala la Corte en sentencia del 20 de agosto de 1985. En efecto, establece que "[...] como se infiere de lo que se acaba de observar[,] los efectos de la rescisión por lesión una vez declarada, difieren fundamentalmente de los de otras figuras[,] como de la nulidad, por ejemplo, diferencias que se explican por su carácter excepcional con que se concibió en el derecho romano y que aún conserva, al menos en el derecho francés chileno y el nuestro, que al mismo tiempo indican que no pueden recibir un mismo tratamiento. Un rápido parangón de las normas que regulan la nulidad y de las propias de la rescisión pone de presente que entre una y otra existen las siguientes diferencias: a) que en tanto la primera pueda pronunciarse cualquiera que haya sido la suerte de la cosa sobre que se contrató, la rescisión no procede si dicha cosa se perdió en poder del contratante que la recibió o si este la enajenó (art. 1951); b) mientras que la nulidad procede aun en el caso de que el demandado ofrezca pagar lo que debe, la segunda puede evitarse completando el justo precio o restituyendo el exceso en los términos del artículo 1948 del Código, y finalmente en lo que concierne a la restitución de frutos e intereses, especialmente cuando la nulidad se pronuncia frente a un poseedor de mala fe, también se presentan notorias diferencias"[68].

Así las cosas, la figura de la lesión enorme está consagrada en nuestro ordenamiento como autónoma, que considera efectos diferentes de los de la nulidad.

a) *Titulares de la acción*. La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, es claramente de la órbita privada, y esto también se aplica a

[67] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 octubre 1976, M. P. Ricardo Uribe Holguín.

[68] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 agosto 1985, M. P. Horacio Montoya Gil.

todas y cada una de las causales. En consecuencia, solo los sujetos especialmente legitimados son titulares de la acción de rescisión. Bajo la misma premisa, tampoco procede la declaratoria de nulidad de oficio por el juez, a petición del ministerio público o de los terceros interesados.

El artículo 1743 del Código Civil define los titulares de la acción como las personas en cuyo beneficio está instituida cada una de las causales que motivan la iniciativa. En consecuencia, la acción originada en la incapacidad relativa solo puede ser incoada por el incapaz o su representante, con las restricciones que se precisan más adelante. En el caso de los vicios del consentimiento, la acción solo puede incoarse a instancia de la parte afectada. La iniciativa de la acción también se les transfiere a aquellos que suceden al respectivo titular. Este precepto incluye claramente a los sucesores de la parte titular de la acción, independientemente de la vía por la cual lo sustituyan en el derecho.

No obstante la regla citada, cuando se trata de la acción a instancias del incapaz, si este ha incurrido en dolo pierde la posibilidad de instaurar la acción, como lo establece el artículo 1744 del Código Civil. Evidentemente, esta no es más que una manifestación según la cual la parte culpable no puede ejercer la acción para anular el acto. La hipótesis de la norma supone la presencia de dos causales de nulidad, a saber: el vicio del consentimiento por el dolo del incapaz y la falta de la suficiente capacidad. De la primera causal es titular el engañado, y de la segunda, el incapaz. Para que se configure la causal del dolo es necesario que se cumplan las condiciones definidas antes; no basta con que el engaño se limite a la declaración del incapaz de estar en uso de sus plenas facultades.

Finalmente, el artículo 1745 del Código Civil establece otra limitación a la declaratoria a instancias del incapaz, según la cual, si el contrato contiene todas las formalidades, la incapacidad no es suficiente para obtener la anulación del acto por sí sola. Esta limitación adicional tiene origen histórico, como lo reseña la doctrina.

"Sin embargo, su inclusión en los códigos mencionados obedeció a razones históricas de peso. En efecto habiéndose fundado la teoría medieval de la anulación en la acción pretoriana romana *de in integrum restitutio,* aquella conservó los rasgos fundamentales de esta, en cuanto su procedencia estaba determinada por el perjuicio sufrido por los beneficiarios de dicha acción, entre ellos los incapaces. De esta

suerte, el interés de estos para ejercer la acción de anulación estribada, tanto en su incapacidad, como en que el acto les fuera perjudicial"[69].

b) *Saneamiento*. La nulidad relativa puede sanearse por ratificación o por prescripción. La ratificación procede en la misma forma descrita para el caso de la nulidad absoluta, considerando que solo pueden convalidar el acto aquellas personas titulares de la acción.

La segunda forma de saneamiento es mediante la prescripción. En materia civil, el término de prescripción de la acción es de cuatro años, y en asuntos comerciales es de dos años (C. C., art. 1750; C. de Co., art. 900).

El plazo de la prescripción empieza a correr desde el momento en que cesa la violencia, ya que de lo contrario la coerción que somete el consentimiento será la misma que impide el ejercicio de la acción (C. C., art. 1750). En los demás casos de vicios del consentimiento, el plazo se cuenta desde la ocurrencia del hecho. Para efectos de los incapaces, el término se cuenta desde que cesa el estado de incapacidad (*id.,* art. 1750). La ley prevé la suspensión de la prescripción en favor de los herederos incapaces hasta que lleguen a la mayoría de edad (*id.,* art. 1751).

c) *Efectos de la nulidad*. Son iguales en materia de nulidades absolutas y relativas, como se examina a continuación. Como se expuso antes, ninguna de las nulidades opera de pleno derecho, y como en los casos de inexistencia del acto putativo, es indispensable un pronunciamiento judicial para que sobrevenga la ineficacia del acto. No obstante, la jurisprudencia ha señalado: "Si se trata de un acto o contrato en el que han intervenido varios sujetos y la nulidad decretada es la relativa, surge en ese caso la restricción que manda el artículo 1794 del Código Civil, es decir, que si esta se pronuncia en virtud de solicitud de uno de los sujetos intervinientes, tal pronunciamiento no aprovechará a los restantes; lo que no es aplicable si el vicio constituye nulidad absoluta, dada su naturaleza, por implicar deficiencias que atañen no solo al que la pidió, sino a todos"[70].

Considerando la necesaria intervención judicial, es pertinente observar que en los procesos en los que se pretende de manera principal o subsidiaria la nulidad de un acto jurídico, hay lugar a la formación

[69] Ospina Fernández y Ospina Acosta, *op. cit.,* pág. 464.

[70] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 1988, M. P. Alberto Ospina Botero.

de un litisconsorcio necesario, en el que se involucren todas las partes del acto que potencialmente podría anularse. Esta conclusión es imperiosa, ya que de lo contrario el juez no podría proferir una sentencia de anulación sin que la ineficacia del acto debiera sobrevenir para todas las partes. En ausencia de una o alguna de las partes, el fallo no tendría efectos por no haber sido citada al proceso.

La declaratoria de nulidad extingue, entonces, las obligaciones contraídas, con efectos hacia el futuro. Esto implica que las prestaciones pendientes no deben ejecutarse y pierden la *exigibilidad* (C. C., art. 1625, ord. 8º). La jurisprudencia ha indicado que "fuera de lo expresado y para determinar los efectos que produce la nulidad judicialmente declarada, es necesario también tener de presente si las partes habían cumplido o no las prestaciones del contrato anulado. Porque si las partes aún no habían ejecutado las prestaciones, declarada la nulidad, nada hay por restituir, porque nada habían dado o entregado los contratantes"[71].

En cuanto a las prestaciones cumplidas, la solución legal es clara: hay lugar a las restituciones mutuas y este es un efecto que debe regular de manera expresa la sentencia que ordene la ineficacia, conforme al artículo 1746 del Código Civil. En este sentido, hay una importante diferencia frente al fallo que declara la inexistencia del acto aparente, ya que en el segundo caso no hay una solución especial y por ende las prestaciones cumplidas dan lugar a la acción de repetición, la cual debe ejercerse separadamente o como parte de una pretensión consecuencial.

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que el "efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. La sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella, cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado"[72].

Las restituciones mutuas de la acción de nulidad se sujetan a las reglas especiales que se detallan a continuación:

[71] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1987, M. P. Alberto Ospina Botero.

[72] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 septiembre 1938, "G. J.", t. XLVII, pág. 227, citada en C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1987, M. P. Alberto Ospina Botero.

• La parte tenedora obligada a restituir será responsable de la pérdida que hubiere sobrevenido al cuerpo cierto, como resultado de su culpa. En caso de que este deterioro hubiera sobrevenido fortuitamente, el riesgo de su deterioro será del acreedor de la restitución.

• El tenedor de *mala fe* está obligado a indemnizar los deterioros ocurridos a la cosa, y debe igualmente restituir los frutos percibidos y los que objetivamente habría debido percibir. En cuanto a las expensas necesarias para la conservación de la cosa, está en el derecho a obtener su reembolso, pero no tiene derecho a que se le reconozcan las mejoras, aun las útiles.

• El tenedor de *buena fe* no es responsable de los deterioros, salvo en la medida en que se hubiere aprovechado de ellos. En cuanto a frutos, solo debe restituir los percibidos efectivamente desde la presentación de la demanda. Tendrá derecho al reembolso de las expensas de conservación de la cosa y a las mejoras útiles anteriores a la demanda.

Como ya se expuso, la parte consciente del acto ilícito no tiene derecho a las prestaciones mutuas. "El principio general precendente registra, como lo advierte la jurisprudencia de la Corte, las excepciones a que se refieren los artículos 1525 y 1747 del Código Civil, o sea, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa lícita, evento en el cual, a términos del primer precepto, no pueden repetirse lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud"[73].

Tratándose de la nulidad por incapacidad relativa del menor adulto, si bien el acto surge con el vicio de nulidad, tiene la virtud de dar nacimiento a obligaciones naturales, por lo cual una vez ejecutadas no permiten repetir lo pagado (C. C., art. 1527), haciendo inaplicable la regla de las restituciones mutuas. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que "cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz con omisión de los requisitos que la ley exige, en cuya hipótesis según lo establece la segunda norma mencionada (C. C., art. 1747), el que contrató con ella no puede pedir la restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ella que la persona incapaz"[74].

En cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad respecto de los terceros, el artículo 1748 del Código Civil claramente concede el

[73] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1987, M. P. Alberto Ospina Botero.

[74] *Ibid*.

derecho a reivindicar las cosas en poder de los terceros, sin distinguir si son de buena o de mala fe. Esta reivindicación debe ser un pronunciamiento consecuente con la declaratoria de nulidad, y requiere petición de parte. Naturalmente, para que proceda en obedecimiento del fallo de nulidad, los terceros deben haber sido convocados al proceso. En los demás casos, estos pueden ser demandados a continuación del fallo con el fin de obtener la correspondiente restitución.

La jurisprudencia ha señalado que de la de nulidad de un contrato surgen dos acciones, una de carácter personal y la otra de carácter real: "La acción de nulidad es personal y, como tal, se dirige contra el otro contratante, en procura de que se aniquile el negocio por la existencia de un vicio y, consecuencialmente se restituyan recíprocamente por las partes las cosas dadas con motivo del acto o contrato anulado (C. C., art. 1746). La acción reivindicatoria, que es real, que si bien puede dirigirse contra quien celebra el acto o contrato para que restituya la cosa que recibió con motivo del contrato anulado, generalmente va dirigida contra el tercero para que restituya la cosa que ha adquirido. En la primera hipótesis, por ser una acción personal y por tener la nulidad como efecto propio el restituir las cosas, no tienen los contratantes, acreedores a la restitución de ellas, por que demostrar señorío para obtener la entrega; en la segunda, no ocurre lo propio"[75].

La solución de imponer la reivindicación contra los terceros de buena fe resulta bastante controvertida, en cuanto claramente la regla es injusta con los subadquirentes que no tuvieron forma de conocer las intimidades que dieron lugar a la nulidad.

El artículo 1748 del Código Civil menciona algunas excepciones legales a la solución de la reivindicación. Tales excepciones son:

• Cuando el tercero ha sido propietario, y por ende poseedor de buena fe de la cosa, contra este no procede la reivindicación con posterioridad al término de la prescripción adquisitiva. Esta solución es obvia, ya que va acompañada de la extinción de la acción reivindicatoria por prescripción.

• Cuando el acto nulo es la donación que antecede al título de adquisición del tercero, en los términos del artículo 1489 del Código Civil.

• Cuando el acto nulo es la constitución de la sociedad que ha enajenado el bien (C. de Co., art. 502).

[75] *Ibid*.

4. Inoponibilidad del acto

Los actos jurídicos son fuente de derechos y obligaciones para las partes contratantes, y en ese sentido solo están destinados a generar efectos jurídicos entre los sujetos. En consecuencia, los efectos del acto no pueden beneficiar ni perjudicar a los terceros que no son parte, pues los efectos les son indiferentes. Este es el principio de la *relatividad* de los actos jurídicos.

No obstante este principio, en ciertas circunstancias el acto debe tener una forma de eficacia frente a terceros, porque ciertos terceros deben estar llamados a respectar los efectos del acto. Este deber legal de respectar los *efectos exteriores* del acto no los vincula con la fortaleza de las partes, ya que en su mayoría los *efectos íntimos* del acto se reservan exclusivamente a los contratantes. La doctrina distingue entre los simples terceros respecto de los cuales el acto les es totalmente indiferente, no los afecta ni los afectará, y los *terceros relativos,* que sin ser partes, perciben ciertos efectos patrimoniales como resultado del acto. Este segundo caso es el de quien celebra un contrato con el representante de la parte, que es un tercero respecto del contrato del cual se deriva la representación.

Los efectos frente a terceros relativos se derivan del concepto de *oponibilidad* del acto y de su concepto inverso de *inoponibilidad*. El régimen de la oponibilidad no se consagró de manera sistemática en el Código Civil, como es el caso de las nulidades, pero no por esto debe desestimarse como una institución con rasgos y características plenamente definidos. A su turno, el Código de Comercio sí se refirió al tema de manera expresa consagrando la *inoponibilidad* como una sanción derivada de carencia de publicidad de ciertos actos para los cuales la ley impone este requisito (C. de Co., art. 901). Debe señalarse que la oponibilidad de que trata la legislación comercial no es el desarrollo completo del mismo concepto en el Código Civil, el cual es bastante más amplio.

En el régimen civil, la *oponibilidad* se trata de manera dispersa en forma de casos particularizados de dos clases. En primer lugar, los actos deben ser respetados en sus efectos exteriores, *oponibles* a terceros, como el contrato en el que un tercero de buena fe exenta de culpa adquiere el derecho real sobre una cosa perseguida por los acreedores del vendedor (C. C., art. 2491). En segundo lugar, cuando el acto es *inoponible,* como en el contrato por el que el actual propietario adquiere

un bien que se busca reivindicar por la nulidad de un acto de enajenación anterior (C. C., art. 1748).

La *oponibilidad* no compromete la validez ni la existencia del acto en juicio, ya que parte de la base de que existe y es válido. En consecuencia, el acto del cual se puede reclamar la sanción de *inoponibilidad* produce plenos efectos vinculantes entre las partes contratantes. La falta de efectividad se limita solo a los casos definidos en la ley y respecto de los terceros identificados y caracterizados en cada caso. Dada entonces la forma de prosperar la sanción, esta debe ser reclamada por los terceros de dos maneras distintas, a saber: ignorando el acto que les es inoponible y proponiendo la sanción por vía de excepción, o bien en el ejercicio del derecho de acción, dentro del marco particular que corresponde a cada uno de los casos definidos en la ley. En este segundo caso, las acciones varían dependiendo de las circunstancias, como por ejemplo por vía de la acción ordinaria de simulación del acto ficticio, o en la acción de reivindicación mencionada. Naturalmente, los términos de prescripción varían de acuerdo con la acción de que se trate para cada caso.

Los casos de *inoponibilidad* pueden clasificarse de diversas formas, en la medida en que la sanción está inspirada por diferentes motivos. Para efectos simplemente explicativos, se pueden separar las causas en tres grupos, por falta de un requisito de publicidad, por razones sustanciales y por la simple relatividad del acto jurídico, como se explica a continuación.

A) *Publicidad*

Estas son las causas de *inoponibilidad* definidas en el Código de Comercio en el artículo 901, que afectan al que requiere publicidad, y no se ha dado cumplimiento a este requisito. Este es el caso del contrato de sociedad comercial, antes de su inscripción en la cámara de comercio (C. de Co., art. 112), las limitaciones no publicadas impuestas a los representantes de las sociedades (*id.,* art. 196), la prenda del interés social (*id.,* art. 300), la revocación de la representación (*id.,* art. 843), la reserva de dominio (*id.,* art. 953), condiciones del contrato de prenda y agencia (*id.,* arts. 1208 y 1320).

B) *Sustanciales*

Dentro de los casos de la *inoponibilidad* por razones de orden sustancial, el Código Civil contiene varios casos especiales, algunos de

los cuales están inspirados en la protección de los terceros de buena fe como en el acto simulado que les resulta inoponible (C. C., art. 1766), o en el citado caso de la acción pauliana, que no puede ejercerse contra el tenedor de buena fe (*id.,* art. 2491).

C) *Relatividad*

Dentro del tercer grupo están los demás casos, que simplemente se derivan de la relatividad de los actos jurídicos. Así, el contrato celebrado por representante en exceso de sus facultades no vincula al representado, y la venta de cosa ajena no compromete al propietario del bien.

El concepto de la *inoponibilidad* de los actos de un representante respecto del representado ha evolucionado, y ha sentado la Corte desde 1994 su posición actual. En efecto, la Corte señaló que "[...] hasta hoy se había tenido como doctrina jurídica en Colombia la solución de que la extralimitación de poderes del mandatario vicia los actos respectivos de nulidad relativa, saneables por ratificación expresa o tácita del mandante, o por la prescripción de cuatro años, del artículo 1750 de Código Civil, que es el plazo para demandar la rescisión de los contratos heridos de la nulidad relativa.

"[...] Pero esa doctrina debe ser rectificada porque se basa en una interpretación dislocada del artículo 2186 del mismo Código, cuando habla de los actos excesivos del mandatario que se pueden cubrir por la ratificación"[76].

Así las cosas, la Corte supone que quien obra en nombre de otro sin un mandato obra como agente oficioso y señala que "[...] el agente oficioso solo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunda en provecho de este o ha sido ratificada. En los demás casos, tratase de actos inoponibles al dueño; es decir, de actos que en relación con él son ineficaces o inexistentes. En manera alguna nulos, como quiera que la nulidad, aun la radical, exige siquiera un principio de existencia del acto jurídico. Mal puede ser nulo lo que no ha nacido, lo que carece de vida, así sea aparente ante la ley. El acto jurídico que se ha creado sin mi consentimiento ni mi intervención, relativo a mis bienes, es para mí como si no existiera; no es un acto nulo de nulidad absoluta, sino un acto que nadie me puede oponer para que yo lo cumpla. Siendo para

[76] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 noviembre 1994, M. P. Héctor Marín Naranjo.

mí ese negocio concerniente a mi patrimonio *res inter alios acta*, no tengo necesidad de romper el vínculo jurídico que contra mí pretenda deducírseme, porque no habiendo vínculo por ausencia total de mi consentimiento, nada hay que romper.

"Por esta razón el mandante no está obligado a demandar la nulidad absoluta, mucho menos relativa de los negocios llevados a cabo por el mandatario fuera de las pautas del respectivo poder. Le basta no prestarles su consentimiento"[77].

La misma posición adoptó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de agosto de 2006, mediante la cual resolvió un recurso de casación en el que la parte demandante solicitaba que se declarara la nulidad de unos negocios, cuando lo procedente era la *inoponibilidad* de ellos. La Corte, con sustento en la sentencia de 1994, indicó que la mandante "[...] no le concedió a esta la facultad de vender sus bienes, y menos los inmuebles que eran de su propiedad, tendría que concluirse que esa circunstancia no permitiría declarar la nulidad absoluta de los negocios contenidos en la escritura 240 de 14 de agosto de 1972, única militante en autos (fls. 16 a 19, cd.1), sino, lo que es bien diferente, podría conducir a colegir la inoponibilidad de dichas enajenaciones al mandante, hoy a su sucesión"[78].

A pesar de que en este caso esta fue la posición adoptada por la Corte, hubo un salvamento de voto, que consideró que la Corte había debido interpretar la demanda, ya que no considera la *inoponibilidad* una sanción al negocio jurídico.

"En nuestra opinión, la inoponibilidad material como sanción negativa al acto jurídico, tanto el civil como el mercantil, no existe, y es un error darle cabida en el ordenamiento jurídico colombiano, en razón de que no puede existir ninguna sanción negativa del negocio jurídico, sin un texto claro que la consagre previa y expresamente, precisamente por la aplicación del principio *nulla poena sine lege;* además, la hipótesis que daría lugar a ella está prevista como tal para sanciones que sí están expresamente consagradas.

"Pero esta postura no se opone a que en un sentido gramatical y también como aplicación del principio de la relatividad de los efectos de los contratos, se hable de inoponibilidad, para querer resaltar con ello,

[77] *Ibid*.

[78] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 agosto 2006, M. P. César Julio Valencia Copete.

la no producción de efectos con relación a un tercero. Una cosa es la supresión de efectos, otra muy distinta la aniquilación del acto"[79].

5. Ineficacia "liminar"

El estatuto mercantil, en los artículos 897, 899, 900 y 901 estableció al margen del concepto de inexistencia, nulidad e *inoponibilidad*, la ineficacia como una sanción separada y con características diferentes.

El tratamiento comercial de la ineficacia ha sido objeto de diversas críticas por su concepción desenfocada de las tradicionales técnicas jurídicas. En este sentido, la doctrina ha señalado: "No se sabe si esta disposición quiso referirse a la inexistencia, o a la nulidad absoluta, o a ambas, desde luego excluyendo la nulidad relativa, respecto de la cual dice que los actos afectados por esta «serán anulables» (art. 900).

"[...] Pero si la disposición de que se trata se refiere a la nulidad absoluta, o comprende por igual a esta y la *inexistencia,* constituye un desacierto e indica que sus autores todavía no habían logrado prescindir de ese concepto antifilosófico de las nulidades de pleno derecho, ya superado por la doctrina europea predominante, y expresamente descartado por nuestro Código Civil, conforme al cual la ineficacia de los actos jurídicos a que faltan requisitos *para su valor* solamente opera a partir de la declaración judicial de nulidad, y no en razón de la virtualidad abstracta de las normas legales que autorizan dicha declaración"[80].

En efecto, es una sanción que a diferencia de todas las anteriores no obedece a la defensa de ningún valor del acto jurídico, sino simplemente a la necesidad de imponer el orden público sin que deba esto obedecer a ninguna racionalidad. Así, la sanción está prevista de manera casuística, al igual que la *inoponibilidad*, con la diferencia sustancial de que esta responde a una lógica jurídica que defiende intereses precisos.

La ineficacia significa la carencia de efectos jurídicos del acto, desde su comienzo como en los casos de inexistencia evidente e *inoponibilidad,* o como resultado de un pronunciamiento judicial, como en el caso de las nulidades y del acto putativo. No obstante, la ineficacia del Código de Comercio es distinta de las figuras anteriores y se asemeja a la vieja versión de la nulidad de pleno derecho que se superó en

[79] C. S. de J., salvamento de voto a la sentencia de 15 de agosto de 2006, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

[80] Ospina Fernández y Ospina Acosta, *op. cit.,* págs. 496 y 497.

1936. Para no incurrir en confusiones, nos referiremos a la ineficacia comercial como "liminar", es decir, que opera *in limine*.

La ineficacia *liminar* se asemeja a la *inexistencia* en que no requiere una declaración judicial para neutralizar el acto. En este sentido también opera de pleno derecho. No obstante, se diferencia en que la inexistencia responde a la ausencia de requisitos esenciales para que el acto sea vinculante, y en que no se requiere declaración judicial. La ineficacia *liminar* proviene en la mayor parte de los casos de la falta de condiciones similares a las de validez, y en cuanto rara vez es evidente y su identificación requiere un examen, en la práctica no operan de pleno derecho y es necesario un pronunciamiento administrativo para reconocer los hechos que la configuran o una sentencia judicial.

La figura guarda un vínculo estrecho con las *nulidades,* pues responde a la carencia de requisitos que la ley considera fundamentales para el mantenimiento del acto, pero se diferencia de manera radical en cuanto a sus efectos. Así, las nulidades en ningún caso operan de pleno derecho, mientras que la ineficacia sí lo hace, y además, aquellas pueden sanearse en la mayoría de los casos por ratificación, mientras que esta opción le está suprimida a la ineficacia.

Como resultado de la explicación anterior, es pertinente señalar las características fundamentales de la ineficacia *liminar,* a saber:

A) *Casuismo*

Es una sanción contemplada para casos específicos. De estos casos vale la pena señalar algunos: el objeto social indeterminado en las sociedades (C. de Co., art. 110-4), cláusula de inamovilidad de administradores de sociedades (*id.,* art. 198), limitación de responsabilidad de los socios de la sociedad colectiva (*id.,* art. 294) y pactos contrarios a las normas de orden público sobre arrendamiento de locales comerciales (*id.,* art. 524).

B) *Pleno derecho*

Opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial o administrativa. Como los hechos que la fundan pueden no ser evidentes, algunas autoridades administrativas tienen la facultad de pronunciarse en cuanto a los hechos que las originan (ley 222 de 1995, art. 87; ley 446 de 1998, art. 133).

C) *Retroactividad*

La declaratoria tiene efectos retroactivos.

D) *Saneamiento*

La ineficacia es insaneable, por lo cual la única opción para los interesados es volver a repetir el acto jurídico tras llenar las formalidades.

E) *Imprescriptible*

La opinión generalizada sostiene que la ineficacia no se sanea por el paso del tiempo. Esta solución requiere una profunda revisión, ya que es contraria al fundamento de la prescripción y a la necesidad de consolidar y dar certeza a las situaciones jurídicas, sin que importe la gravedad de la infracción que esto suponga.

6. Ineficacia por imprevisión

El artículo 868 del Código de Comercio consagró lo que en el derecho mercantil se denomina la teoría de la imprevisión, que más que una simple teoría, es una regla de derecho derivada del principio de equidad y equilibrio que deben guardar los contratos conmutativos. Antes de la inclusión de la regla en la legislación positiva, la jurisprudencia había aceptado las causas extrañas que desequilibraban el contrato como motivo de revisión fundada en la aplicación de los principios generales de derecho (ley 153 de 1887, art. 8º).

Bajo la regla comercial, cuando circunstancias extraordinarias imprevistas a la época de celebración del contrato alteren de manera seria el equilibrio contractual, la parte afectada podrá pedir su revisión. El juez tendrá la facultad de hacer los ajustes que la equidad indique o darlo por terminado.

La segunda opción al arbitrio del juez es la facultad de declarar ineficaz el acto, en una forma sustancialmente distinta de las demás causas de ineficacia que se han examinado. El fundamento de esta facultad judicial se origina en el concepto de la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones. En efecto, cuando una prestación se hace imposible en forma absoluta o relativa, se extingue. Es absoluta en los casos en que el bien objeto de la obligación perece, o cuando sobreviene la prohibición legal de ejecutar la prestación. Es relativa cuando el

sujeto visto en sus circunstancias personales se ve en la imposibilidad de cumplir su prestación por razones externas fuera de su control. La extinción de la prestación se funda en el mismo concepto según el cual en caso de inejecución de la obligación, el deudor tampoco sería responsable de indemnizar los perjuicios ocasionados y tiene la opción de liberarse de responsabilidad probando ausencia de culpa, caso fortuito y fuerza mayor.

La ineficacia del acto como consecuencia del desequilibrio drástico tiene como fundamento la necesidad de restablecer la equidad del contrato, alterada por el evento fortuito sobreviniente. En cuanto al suceso imprevisto, este debe reunir las condiciones del caso fortuito y fuerza mayor, como lo ha señalado una parte mayoritaria de la doctrina.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Para cerrar este capítulo, es conveniente observar que la tendencia legislativa mundial es la de simplificar el régimen de la ineficacia de los actos jurídicos, con el fin de agruparlos alrededor de los principios filosóficos que los inspiraron, y a la solución legal que se pretende buscar con el fin de salvaguardar el orden público o los derechos particulares que en determinadas circunstancias requieren protección especial.

En primer término, es conveniente señalar que la doctrina moderna coincide en forma consistente en usar el término "ineficacia" como el género que agrupa a las sanciones del acto jurídico. En efecto, todas las sanciones generan un común denominador, como es la pérdida de todos o algunos de los efectos del acto, Esta característica es común a las sanciones que hemos analizado al detalle en este estudio. Bajo esta premisa, podrían agruparse las sanciones cegadoras de los efectos del acto en casos de "inexistencia", "nulidad" e "inoponibilidad".

La *inexistencia* sería la figura descrita en la parte segunda de este capítulo, bajo la cual los efectos del acto jurídico se perderían desde su formación, por carecer de los elementos necesarios para su existencia. En este sentido, la ineficacia sobrevendría por la falta de los fundamentos de existencia y por tanto no requeriría declaración judicial, salvo en los casos del acto aparente. Varios de los casos de ineficacia del artículo 897 del Código de Comercio se encuadrarían en la inexistencia. Claro ejemplo de lo anterior es el artículo 918 del estatuto mercantil, que consagra la ineficacia de la compraventa que versa sobre un cuerpo cierto inexistente, al faltar la cosa objeto del acto no se forma el contrato.

Igual hipótesis se establece para los títulos valores que no contienen los elementos esenciales para su existencia (C. de Co., art. 670).

La categoría de la *nulidad* se emplearía para agrupar a todas aquellas sanciones conducentes a la ineficacia del acto jurídico por carecer de las condiciones de validez del acto, a pesar de reunir los requisitos de existencia. Dentro de este conjunto deben incluirse aquellos casos de ineficacia del derecho mercantil que se inspiran en la violación de una norma de orden público y por ende condenan a la carencia de efectos del acto. Esto incluirá la mayoría de las sanciones de ineficacia del régimen comercial, como es el caso de la prohibición de la imbricación de sociedades (art. 262), la inamovilidad de administradores de sociedades (art. 198), la apropiación del fiduciario de los bienes fideicomitidos (art. 1244), ley aplicable a las agencias comerciales (art. 1328) y otras muchas en las cuales se considera la sanción de tener por no escrita la estipulación o no producir efecto alguno. Todos estos son casos de nulidad por ilicitud, lo que es causal de nulidad absoluta. Dentro de esta especie de "nulidad absoluta" deben caber unos casos que tendrán efecto "sin necesidad de declaración judicial", como lo establece el artículo 897 mencionado, para aquellas situaciones en que el orden público requiere una ineficacia inmediata, que no permite la espera de la declaración judicial. No obstante, este efecto *in limine* no puede desdibujar la esencia de la ineficacia, la cual deviene de su ilicitud, no de la falta de requisitos de la esencia del acto. Las demás formas de nulidad absoluta y relativa se mantendrían en la misma forma hoy consagrada, con la claridad de que un régimen unificado mercantil y civil es imperativo ya que la distinción actual carece de sentido, al menos en lo que se refiere a la formación y eficacia de acto.

Por último, la oponibilidad del acto debe unificar su tratamiento civil y mercantil, probablemente elaborando un conjunto de normas articuladas a partir del ordenamiento comercial.

8. Bibliografía

A) *Doctrina*

Álvarez Correa, Eduardo: *Curso de obligaciones,* t. i, Bogotá, 1988.

Cubides Camacho, Jorge: *Obligaciones*, 5ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

Martínez Neira, Néstor Humberto: *El pacto arbitral*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO: *Teoría general de los actos o negocios jurídicos,* Bogotá, Edit. Temis, 1983.

— *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* Bogotá, Edit. Temis, 2000.

RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN: *Tratado de derecho civil: las obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1964.

TAMAYO LOMBANA, ALBERTO: *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes,* 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004.

B) *Jurisprudencia*

a) *Consejo de Estado*

Sent. de 25 noviembre 2004, M. P. Germán Rodríguez Villamizar.

b) *Corte Constitucional*

Sent. C-104 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Sent. C-486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sent. C-544 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

Sent. C-248 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sent. C-426 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Sent. C-983 de 2002, M.P. Jaime Córdova Triviño.

Sent. C-534 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sent. C-993, de 29 noviembre 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sent. C-183 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

c) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 6 febrero 1936, M. P. Eleuterio Serna.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 febrero 1936, M. P. Eduardo Zuleta Ángel.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 abril 1936, "G. J.", t. XLIII, pág. 799, M. P. Edurardo Zuleta Ángel.

Sala Civil de Única Instancia, sent. de 6 julio 1936.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 noviembre 1936, M. P. Ricardo Hinestrosa.

Sala de Casación Civil, sent. de 10 septiembre 1938, "G. J.", t. XLVII, pág. 227.

Sala de Casación Civil, sent. de 5 octubre 1939, XLVIII, pág. 720.

Sala de Casación Civil, sent. de 15 septiembre 1943, M. P. Daniel Anzola.

Sala de Casación Civil, sent. de 9 mayo 1952, M. P. Rodríguez Peña.

Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 1954.

Sala de Casación Civil, sent. de 17 octubre 1962, M. P. José Hernández A.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 1968, "G. J.", t. CXXIV, M. P. Fernando Hinestrosa.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 mayo 1976, "G. J.", núm. 2393, pág. 165, M. P. José María Esguerra Samper.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 octubre 1976, M. P. Ricardo Uribe Holguín.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1981, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 27 febrero 1982, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1984, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 3 mayo 1984, M. P. Humberto Murcia Ballén.

Sala de Casación Civil, sent. de 20 agosto 1985, M. P. Horacio Montoya Gil.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 septiembre 1987, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 1988, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 noviembre 1994, M. P. Héctor Marín Naranjo.

Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

Sala de Casación Civil, sent. de 26 marzo 1999, "G. J.", t. CLIX, pág. 89, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sala de Casación Civil, sent. 26 mayo 1999, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sala de Casación Civil, sent. de 2 agosto 1999, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 abril 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 24 mayo 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 23 junio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 abril 2006, M. P. Eduardo Villamil Portilla.

Sala de Casación Civil, sent. de 15 agosto 2006, M. P. César Julio Valencia Copete.

Capítulo VI

Lesión enorme

Marco Antonio Álvarez Gómez*

1. Introducción

Es natural que una persona procure obtener el mejor precio por aquel bien o servicio que ofrece o que demanda, que en el tráfico de unos y otros busque la mayor ganancia y, en general, que logre provecho de las ventajas que se le presentan. Se quiere vender por más y se prefiere comprar por menos; se escoge, por regla, al que menos cobra por un servicio de adecuada calidad y se elige como contratante al que mejor lo remunera. Es lo que dicta el sentido común y lo que mandan las leyes naturales de la economía, pues nadie abarata graciosamente su patrimonio ni desdeña sin razón las oportunidades para aumentarlo.

Sin embargo, como los excesos siempre han llamado la atención, los mismos hombres que obran de aquel modo se preguntan qué tan admisible es aprovecharse de una ventaja, hasta qué punto puede tolerarse la desproporción en las prestaciones, o el rompimiento del equilibrio contractual, pues al fin y al cabo no todo lo comprensible resulta justificable. Se trata, sin duda, de interrogantes que afloran de

* Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho y Nuevas Tecnologías sobre la Vida de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Publicaciones: "Eficacia probatoria de los libros de comercio", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes; "Las acciones de los acreedores del fideicomitente sobre los bienes fideicomitidos en el contrato de fiducia mercantil", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes; *Apuntes sobre la Reforma al Código de Procedimiento Civil*, Universidad Santo Tomás; "Reflexiones sobre ciertos dogmas de la prescripción", en *Memorias del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre; "Tribulaciones de un juez sobre el proceso de ejecución", en *Memorias del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*; *Ensayos sobre el Código General del Proceso*, vols. I y II, Edit. Temis, Universidad Javeriana. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

la moral, a los que se puede dar respuesta desde esa misma perspectiva, cualquiera que ella sea, o desde una visión filosófica, política o económica, de todas las cuales se sirve el legislador para adoptar una postura normativa. Así, la historia enseña que por el influjo del cristianismo se abrió paso —como solución equitativa— el concepto de lesión enorme, amparado en las nociones de moral y de justicia conmutativa, tan caras a esa doctrina, mientras que el liberalismo clásico, inspirado en principios racionalistas con marcado acento individualista, repulsó esa figura, a diferencia de lo que aconteció en regímenes con matices sociales, en los que la lesión encontró buen abrigo.

La lesión enorme es, pues, una institución a la que subyace un cuestionamiento a la manera como proceden los hombres en sus negocios, en la que, además, palpita una clara tensión entre los principios de justicia y de seguridad jurídica, toda vez que, por una parte, el derecho procura que en los negocios jurídicos —principalmente en los conmutativos o interesados— exista una relativa correspondencia económica entre las obligaciones de las partes y, por otra, propende, al mismo tiempo, a la estabilidad en las relaciones de intercambio, para que exista certeza sobre los derechos objeto de negociación y firmeza en las operaciones civiles y de comercio.

De algún modo, las dificultades que ofrece el tratamiento jurídico de la lesión enorme reflejan las dudas del legislador al momento de diseñar un conjunto de normas que le dispensen protección a aquella parte del contrato que obró con ingenuidad, inexperiencia o precipitud —pues el de la lesión no es un tema que, en principio, concierna al engaño, sino a la ventaja intolerable—, pero que no entraben los circuitos comerciales, la dinámica mercantil, el normal desenvolvimiento de las operaciones de intercambio de bienes y servicios y, menos aún, la consolidación de los derechos que circulan, tan necesario para la generación de riqueza, el crecimiento económico y el desarrollo de una sociedad.

Se trata, por tanto, de asunto con hondas implicaciones económicas, como quiera que la mayor intervención del Estado en los asuntos de los particulares, las mayores restricciones o cortapisas a la soberanía contractual y al ejercicio de la libertad de configuración normativa y, en general, la existencia de leyes que posibiliten rescindir los contratos por causas meramente financieras pueden afectar, de alguna forma, la seguridad de los negocios jurídicos, de suyo indispensable para generar condiciones adecuadas que permitan satisfacer las necesidades básicas de quienes integran una comunidad y, claro está, el mejoramiento de

sus condiciones de vida. Y aunque a la economía no escapa la idea de justicia, conciliar esos dos principios —o valores— no es tarea fácil, lo cual explica que en el tema específico de la lesión enorme existan diversos criterios para definirla y estructurarla, que van desde el meramente subjetivo, en cuanto repara en ciertas condiciones del contratante afectado, hasta el estrictamente objetivo, en el que todo el problema se resuelve a partir de una regla aritmética, sin dejar de lado la postura mixta, que trata de armonizar uno y otro criterio.

En fin, la lesión enorme constituye, sin duda, una clara limitación al principio de la autonomía de la voluntad privada y, por supuesto, a las libertades de contratación y de configuración negocial, todos ellos medulares en la teoría general del negocio jurídico. Por tanto, cuanto más amplio sea el espectro de la lesión enorme —por ejemplo, si se le concibe como vicio del consentimiento—, mayores serán las restricciones a la soberanía contractual; por el contrario, si se limita su alcance —circunscribiéndola, por vía de ilustración, a determinados negocios jurídicos y en ciertas condiciones—, habrá mayor posibilidad de enseñoramiento de la autonomía de la voluntad y de expansión del tráfico mercantil. En la primera hipótesis se dirá que de esa manera se logra materializar el postulado de justicia, mientras que en la segunda se sostendrá que saldrá bien librada la seguridad en los negocios jurídicos. He aquí una tensión que no es fácil de resolver, por las consecuencias que a una y otra posturas se aparejan.

2. Concepto

Existe lesión enorme en los negocios jurídicos cuando una de las partes sufre un perjuicio originado en el rompimiento genético de la proporcionalidad que debe existir entre el valor de lo que ella da, hace o se abstiene de hacer y lo que la otra debe pagar como contraprestación.

Se trata de un daño originado en la celebración misma del negocio jurídico en el que el lesionado ha intervenido, cuya magnitud permite suponer que este se habría retraído de participar en él si hubiese sido consciente de la manifiesta inequidad.

No es que el legislador se oponga a que los contratantes obtengan ventajas en el perfeccionamiento de un negocio jurídico; antes bien, "admite el *fair play* en materia contractual", como lo afirma Josserand[1].

[1] Louis Josserand, *Derecho civil. Contratos,* 3ª ed., t. ii, vol. ii, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, pág. 29.

De allí que, por regla, no merezca reproche la venta de un bien por un valor mayor del que tenga en el comercio o su compra por un precio menor, ni que una persona obtenga una buena remuneración por el dinero que presta, o que lo consiga prestado a una baja tasa. Lo que no tolera la ley, cuando consagra la lesión, es la ventaja exagerada o desmedida, la que hace deslucir el negocio jurídico como mecanismo para procurarse bienes y servicios en términos equitativos, la que puede calificarse como enorme —o enormísima— y, en general, aquella que sugiere un abuso en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por supuesto que, dada su naturaleza, la lesión enorme es propia de los contratos onerosos y conmutativos —también llamados interesados—, y no puede configurarse en los contratos gratuitos y aleatorios[2], pues en el caso de los primeros, también llamados de beneficencia, es incontestable que solo uno de los contratantes obtiene utilidad, por cuenta del gravamen que el otro soporta voluntariamente, mientras que tratándose de los segundos, ninguna de las partes podría protestar por el hecho de no haber obtenido una ganancia, sino una pérdida, lo cual dependía de un evento posterior sujeto al azar.

Más aún, si se miran bien las cosas, ciertos contratos conmutativos parecen escapar a la noción de lesión enorme, como la venta de cosa futura y, en general, las ventas condicionales[3], dada la dificultad que se presenta en determinar el justo precio: al tiempo del contrato, o al momento en que se materializa la condición, tanto más si se considera que las variaciones económicas que se hubieren presentado mientras se verificaba la condición pueden alterar el valor de la cosa inicialmente previsto y repercutir en el equilibrio genético del contrato.

La lesión enorme es un asunto de equidad en los negocios jurídicos en los que cada parte se obliga a dar, hacer o no hacer determinada cosa que, en principio, debe guardar equivalencia con lo que la otra parte debe dar, hacer o abstenerse de hacer; y aunque a muchos no les guste, la lesión también es un tema de moralidad en los negocios jurídicos[4],

[2] Se citan, por ejemplo, la compraventa de la nuda propiedad y el seguro de vida. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 18 diciembre 1929, "G. J.", t. XXXVII, pág. 390; 17 agosto 1933, "G. J.", t. XLI, pág. 501 y 10 diciembre 1934, "G. J.", t. XLI bis, pág. 73.

[3] En este sentido, JAIME RODRÍGUEZ FONNEGRA, *Del contrato de compraventa y materias aledañas,* Bogotá, Lerner, 1960, pág. 1083. Sostiene este autor que la lesión enorme no tiene cabida "en la venta condicional y en la determinante de obligación condicional del vendedor, con tal que la condición no sea potestativa de ninguna de las partes ni en la compraventa condicional, la consistente en la fijación del precio por tercero".

[4] Sobre la incidencia de la moral en el derecho de las obligaciones y, más concretamente, en la lesión enorme, puede consultarse a GEORGES RIPERT, *La regla moral en las obligaciones civiles,* Bogotá, La Gran Colombia, 1946, págs. 11-41, 93-108.

pues la buena fe —probidad— impone ciertas cargas de abstención en el comportamiento de quienes van a contratar, de modo que ninguno de ellos obtenga injusta ventaja del otro, a quien, por regla, se le debe dar lo que le corresponde, sin causarle daño alguno.

Cabe señalar que la preocupación del legislador sobre la equidad y justicia en los contratos no solo se advierte en la figura de la lesión enorme, sino también en otras expresiones normativas como la que consagra el concepto de precio irrisorio (C. de Co., arts. 872 y 920, inc. 2º)[5], que provoca la inexistencia del negocio jurídico; la que posibilita la revisión de los contratos de tracto sucesivo y de ejecución diferida, al amparo de la teoría de la imprevisión (*ib.,* art. 868); la que prohíbe el enriquecimiento sin causa (*ib.,* art. 831), e incluso, la que ordena proceder de buena fe en las distintas fases del contrato (C. C., art. 1603; C. de Co., art. 863).

3. Breve reseña histórica

Puede afirmarse, sin ambages, que la lesión enorme tiene una historia convulsionada[6]. Nació en plena decadencia del Imperio romano, por obra de los emperadores Dioclesiano y Maximiano, que la justificaron en "un acto de humanidad"[7], pero solo en beneficio del vendedor y para los bienes inmuebles; más tarde fue eliminada en el Código Teodosiano, para luego resurgir en tiempos de Justiniano, que la hizo extensiva a toda clase de bienes[8]. Los españoles de la época la desecharon, aunque

[5] En sentencia de 20 de septiembre de 2000, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, señaló: "En mérito de la conmutatividad de ciertos contratos, ineludible es indagar que las prestaciones recíprocas de los contratantes, si bien no simétrica y rigurosamente equivalentes, sí puedan considerarse, o «mirarse» para utilizar la expresión positiva de la ley (C. C., art. 1498) como tales. Y es ahí donde adquieren importancia los conceptos de precio lesivo e irrisorio, para no aludir sino a los que son estrictamente necesarios al pleito en examen. Será lo primero, cuando la desproporción del precio de la cosa que se recibe alcanza el contraste cuantitativo de la figura de la lesión enorme; lo segundo, cuando la desproporción sube tanto de punto que, por lo ínfimo, aparece como ridículo".

[6] Sobre la historia de la lesión enorme, puede consultarse a Ricardo García Valles, *Rescisión por laesio ultradimidium*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1962. págs. 11-73.

[7] Este rescripto de los emperadores, conocido como "Ley segunda", es citado y traducido por casi todos los autores. Véase, por ejemplo, a Álvaro Pérez Vives, *Compraventa y permuta en derecho colombiano,* 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1953, págs. 147-150.

[8] En su obra, Pérez Vives refiere al detalle la interpolación de los rescriptos de los emperadores Dioclesiano y Maximiano, atribuida al emperador Justiniano, basado en la

poco después, por el influjo romano, la adoptaron en el *Fuero Real* y siglos después la consagraron en las *Siete Partidas* y en la *Novísima Recopilación*, aunque en ciertas de sus provincias se le repulsó, porque una cosa no puede valer más que la suma que alguien está dispuesto a dar por ella[9].

Los glosadores la defendieron, al igual que los canonistas, estos últimos por obra de las decretales de Alejandro III e Inocencio III. El derecho francés antiguo no fue ajeno a ella, aunque en tiempos de la Revolución alcanzó a ser abolida por una crisis financiera en la que no es necesario detenerse. Sin embargo, pocos años más tarde, al redactarse el Código Civil, renació con limitaciones que POTHIER no habría podido aceptar[10], gracias a la intervención del propio Napoleón, que terció en la discusión que enfrentó a BERLIER y PORTALIS.

Así llegó a la América española, donde fue consagrada en el Código chileno y, por rebote, en el colombiano, aunque algunas otras codificaciones, como la argentina, se resistieron a acogerla.

Como se aprecia, la lesión enorme ha sido un tema de emperadores, papas y primeros cónsules; de rescriptos, constituciones, decretales y codificaciones, y por supuesto, de escuelas, cuyas diferencias aún trascienden, sin que se vislumbre un consenso.

4. CRITERIOS GENERALES QUE LA GOBIERNAN

Como se anticipó en párrafos anteriores, son tres los criterios predominantes para diseñar las normas que regulan el fenómeno de la lesión enorme en los negocios jurídicos, a saber: subjetivo, objetivo y mixto[11].

---

monografía de DEKKERS sobre la lesión enorme, con quien concluye que "el tal rescripto constituye [en su verdadero texto] un rotundo rechazo a la acción rescisoria por lesión enorme". *Ibid.,* pág. 149.

[9] Como en muchos otros temas, la historia de la lesión enorme es bien y puntualmente contada por LUIS CLARO SOLAR, en su maravillosa obra *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* t. II, vol. V, Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1992, págs. 241-248.

[10] ROBERT POTHIER, *Tratado de las obligaciones,* Buenos Aires, Atalaya, 1947.

[11] La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, para subrayar el criterio objetivo que campea en el derecho colombiano, puntualizó que "mal podría, con el propósito de extenderse sus alcances, asimilársele, confundírsele o amalgamársele con el sistema inspirado en un criterio subjetivo —en el que tienen cabida consideraciones referentes a la «explotación» más que a la simple o mera «desproporción»—, desarrollado por legislaciones mucho más modernas surgidas en el siglo XX e incluso en el siglo XXI, entre otras,

A) *Criterio subjetivo*

Según sus defensores, la lesión constituye un vicio del consentimiento que, como tal, afecta la validez del negocio jurídico[12]. Lo medular, entonces, son las condiciones —distintas de la capacidad— en que se encontraba la parte afectada al momento de la celebración del respectivo contrato, relativas a su inexperiencia, impericia o a su necesidad, siempre que la otra parte se hubiere aprovechado de ellas para obtener una ventaja injustificada.

Apreciada de esta manera, la lesión enorme se erige en un mecanismo de protección de la autonomía de la voluntad, más que en una restricción a ella. Al fin y al cabo, cuando el legislador señala y regula los vicios del consentimiento, no hace otra cosa que salvaguardar dicho postulado.

Conviene precisar que desde esta perspectiva, solo tendrá legitimación para demandar la lesión enorme el contratante que pruebe haber estado en una de las referidas situaciones, supeditándose el buen suceso de la pretensión a que, además, acredite que la otra parte se aprovechó de ellas. Por consiguiente, si pese a las condiciones subjetivas del contratante que denuncia la lesión, la otra parte no tuvo conocimiento de ellas, o la ganancia no fue el resultado de un aprovechamiento indebido de esas circunstancias, no podrá invalidarse el contrato.

B) *Criterio objetivo*

Quienes lo propugnan, sostienen que la lesión no es un vicio del consentimiento, sino una incorrección económica del contrato. Por

---

el Código Civil alemán, el Federal suizo de las Obligaciones, el Civil chino, el polaco de las Obligaciones, el Civil italiano —con puntuales matices y restricciones—, el Civil portugués, y los regímenes argentino, brasileño y mejicano, que, en líneas generales, sin restringir la figura a unos concretos negocios jurídicos o tipos contractuales, facultan al juez para determinar en cada caso particular la ocurrencia de la lesión —*numerus apertus*—, previa comprobación de los distintos y, por cierto, exigentes elementos que, por inclusión en la ley, sirven para tipificar el fenómeno (ánimo de explotación, inferioridad del contratante lesionado y exigencia de ventajas manifiestamente desproporcionadas), como quiera que su procedencia no es automática, absoluta e invariable, puesto que se sujeta a la verificación de puntuales presupuestos". Sentencia de 6 julio 2007.

[12] En Colombia, esta postura fue defendida por Arturo Valencia Zea, *Derecho civil. De los contratos,* 5ª ed., vol. iv, Bogotá, Edit. Temis, 1980, pág. 295, que sostuvo: "el estado de necesidad, la inexperiencia o la ignorancia son vicios de la voluntad, ya que quien vende en estado de necesidad no es libre", a lo que agregó que "la lesión no solo es vicio del consentimiento, sino que atenta, además, contra las buenas costumbres vigentes en una sociedad que pretenda regirse por elementales principios de equidad y justicia".

consiguiente, habrá lesión cuando se traspasen los límites que el legislador ha considerado mínimos o máximos admisibles de proporcionalidad en las prestaciones de las partes, sin reparar en ninguno otro aspecto.

Se trata, pues, de un criterio estrictamente aritmético, de suyo mecánico, puesto que al juez, para determinar si existe o no lesión enorme, le basta verificar si la cuantía de la respectiva prestación excede de los límites legales o es inferior a ellos.

C) *Criterio mixto*

Al entremezclar los aspectos nucleares de las posturas anteriores, quienes abogan por esta consideran, por una parte, la situación subjetiva o particular del contratante agraviado y, por otra, la magnitud de la desproporción de las prestaciones.

Destácase que con este criterio la lesión enorme también constituye un vicio del consentimiento, solo que restringe su configuración al manifiesto desequilibrio entre las prestaciones. Es útil subrayar igualmente que, por regla, les correspondería a los jueces la tarea de establecer, por un lado, si la parte beneficiada obtuvo la ventaja por aprovechamiento del aprieto o inexperiencia de su cocontratante, y por otro, si la desproporción es inadmisible.

5. Lesión enorme en el derecho colombiano

El de la lesión enorme es uno de esos temas en el que el legislador patrio no sale airoso, porque más allá de que se comparta o no el hecho de haber acogido el criterio objetivo, parece innegable que su adopción no parece consistente y coherente.

Así, en ciertos casos provoca la rescisión del negocio jurídico (venta, permuta, particiones y aceptación de la herencia), mientras que en otros simplemente da derecho a que la obligación se ajuste a los límites legales (intereses en el mutuo y la anticresis, la cláusula penal, la hipoteca y el censo), lo que se ha querido justificar con el argumento de no ser igual la lesión en contratos principales que en contratos accesorios, o que es necesario distinguir la lesión que incide en un requisito esencial del negocio —como el precio en la venta— de aquella otra que repercute en cláusulas accidentales —como la pena—. No se la permite en la venta de bienes muebles, pero sí está habilitada en las particiones, aunque

recaigan sobre bienes de ese tipo[13]. Y aunque genera, en determinados eventos, la nulidad del contrato, a ella no se le apareja, necesariamente, la restitución *in integrum,* hasta el punto de que se pierde el derecho a pedir la rescisión de la venta si el comprador enajena la cosa. De allí que muchos discutan si la acción rescisoria es personal, real o mixta[14].

De igual manera, no obstante que es la ley la que precisa cuándo se configura la lesión, en ciertos eventos como el de las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, el legislador dejó al arbitrio del juez la tarea de establecer si la desproporción era enorme, lo mismo que la de moderar la prestación, lo cual debe adelantar en equidad, según lo establecen los códigos Civil y de Comercio en las normas relativas a la cláusula penal, que de alguna manera constituyen excepción dentro de un régimen que, de suyo, es excepcional.

Pero sea lo que fuere, la lesión enorme en el derecho colombiano tiene las siguientes características:

• Responde a un criterio netamente objetivo, por lo que se configura en todos los casos en que se evidencie la desproporción aritmética

[13] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 marzo 1921, "G. J.", t. XXVIII, pág. 314.

Nótese que también existe discusión cuando la venta recae en bienes muebles e inmuebles, tema en el que la Corte ha precisado que "cuando la venta de muebles e inmuebles se ha hecho por un solo contrato y mediante precio único e indivisible, puede rescindirse parcialmente solo en cuanto a los inmuebles, si se demuestra que la parte del precio recibido referente a ellos es inferior a la mitad de su valor real y a la época del contrato. Para apreciar la cuantía de la lesión se hace necesario entonces, mediante tasación pericial, fijar separadamente el valor real de los muebles y de los inmuebles en el momento de contrato, y determinar después, en proporción con el precio global de la venta, el valor en que resultaron vendidos los inmuebles". Sent. de 16 diciembre 1954, "G. J.", t. LXXIX, pág. 280.

[14] En diversos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "ni la acción de nulidad, ni la rescisión por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responde al hecho de ser el actor titular de derecho real sobre la cosa. Otro asunto es que, en razón del regreso de las cosas a su estado anterior, en el caso de la primera o de los efectos de la rescisión decretada a favor del vendedor, el bien deba restituirse al demandante, no significa ello que se trate de acciones reales, sino de consecuencias de la acción personal". Sent. de 30 agosto 1955, "G. J.", t. LXXXI, pág. 79.

Ya en sentencia de 24 de agosto de 1938, la Corte había considerado que la acción rescisoria por lesión enorme era netamente personal, fallo que critica ácidamente Jaime Rodríguez Fonnegra, en cuya opinión, dicha acción tiene naturaleza mixta, "como que tiende, no únicamente a la rescisión del contrato, sino a que rescindiéndose la compraventa, se restituya lo entregado". De allí, agrega que "no tiene cabida cuando se ha perdido la cosa en poder del comprador ni cuando ha sido enajenada por este". *Op. cit.,* págs. 1091 y 1092.

prevista en la ley, sin parar mientes en las condiciones subjetivas de la parte perdidosa[15].

Por esta razón, el vendedor sufrirá lesión enorme si el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, mientras que el comprador la padecerá, si ese justo valor es inferior a la mitad del precio que pagó por ella, cuantificado aquel al tiempo del contrato (C. C., art. 1947). Lo propio acontecerá en la permuta, por la remisión que hace el artículo 1958 del Código Civil a las disposiciones de la compraventa.

En las particiones, que no son contratos sino actos, se concede acción rescisoria al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (C. C., art. 1405, inc. 2º)[16], mientras que la aceptación de la herencia

[15] En innumerables fallos, la Corte Suprema de Justicia ha acentuado el carácter objetivo de la lesión enorme en el derecho colombiano, entre otras, en las sentencias de su Sala de Casación Civil de 16 julio 1993, 9 diciembre 1999, 19 diciembre 2005 y 6 julio 2007, esta última, la más explicativa de todas. Más recientemente lo hizo en los fallos de 16 mayo y 1º diciembre 2008, 30 junio y 5 diciembre 2011, y 14 junio 2013.

[16] Es importante señalar que en el caso de las particiones, cualesquiera que ellas sean, la lesión enorme "presenta la peculiaridad de que el negocio jurídico correspondiente no genera prestaciones correlativas, de tal manera que pueda realizarse un juicio de comparación entre lo entregado y lo recibido, para efectos de determinar la desproporción existente entre uno y otro. Por el contrario, en la partición o división de bienes, a cada uno se le habrá de entregar «lo suyo», sin que deba dar nada a cambio, por lo que el criterio básico para examinar la justicia del trabajo partitivo ha de ser la relación entre lo efectivamente entregado y la cuota respectiva, considerada esta como la medida ideal del derecho que tiene el comunero sobre la cosa común (art. 2323 del Código Civil), en cuyo caso, si los bienes finalmente asignados como consecuencia de la partición conducen a que lo recibido resulta ser inferior a la mitad del valor de la cuota, se entenderá que ese comunero ha sido lesionado enormemente, con la consecuencia particular de que el afectado con dicha circunstancia podrá pedir que se *rescinda* el correspondiente acto de partición, esto es, que cesen sus efectos hacia el futuro y que dicha determinación tenga igualmente efectos hacia el pasado —si ello es posible—, con las restituciones recíprocas a que haya lugar", como lo precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de junio de 2011.

De igual manera, la misma Corte, en sentencia de 2 de febrero de 2009, puntualizó que en el caso de la rescisión de particiones, la "desproporción puede ser originada, de [*sic*] un lado, por ocultamiento de pasivos o por inclusión de algunos inexistentes, y de [*sic*] otro, por la infravaloración de los bienes que se dan a uno de los sujetos que intervienen en el acto, o por la sobrevaloración de aquellos que se adjudican a la parte contraria, siempre que ello cause una mengua de la magnitud que consagra la ley para erosionar el contrato. Y claro, cualquiera de esos fenómenos debe probarse si es que se pretende la rescisión de la partición, pues —se insiste— de otra forma no podría injerirse la voluntad privada de las partes condensada en la liquidación voluntaria de la sociedad patrimonial".

puede rescindirse por lesión grave, cuando el valor total de la asignación se disminuye en más de la mitad (C. C., art. 1291), hipótesis que, sea bueno acotarlo, solo ocurre —en la práctica— cuando la aceptación se hizo sin beneficio de inventario, pues aunque disposiciones testamentarias de las que no se tenía noticia reduzcan significativamente el monto de la asignación, no se ve la razón práctica para impugnar ese acto, por cierto unilateral, cuando en todo caso el aceptante recibiría un beneficio no esperado, a menos, claro está, que resulte responsable de obligaciones hereditarias o testamentarias cuya cuantía sea superior al valor total de su asignación, evento que solo se presenta cuando no se acepta la herencia con el referido beneficio.

En el mutuo y en la anticresis, el interés convencional que sobrepase los límites fijados por la ley, civil o comercial, le da derecho al deudor a pedir su reducción, si no han sido cobrados, y a que se devuelva doblada la suma pagada en exceso, a título de sanción (C. C., arts. 2231 y 2466, inc. 2º; C. de Co., art. 884, reformado por los arts. 72 de la ley 45 de 1990 y 111 de la ley 510 de 1999)[17]. La hipoteca, por su parte, no puede extenderse a más del duplo del importe de la obligación, y se le concede derecho al deudor para que el gravamen se reduzca a dicho importe (C. C., art. 2455). En el censo, la razón entre el canon y el capital no puede exceder del 5 por ciento al año (ley 153 de 1887, art. 105). Y en lo que concierne a la cláusula penal, los códigos Civil y de Comercio se contraponen, siendo mejor la regulación del Civil, puesto que en los negocios civiles, si la pena consiste en el pago de una cantidad determinada y la obligación principal se mira como equivalente de lo que la otra parte debe prestar, podrá pedirse la rebaja de la pena en todo lo que exceda al duplo de aquella (C. C., art. 1601), mientras que si el negocio es mercantil, el valor de la pena no puede ser superior al monto de la prestación principal (C. de Co., art. 867), lo cual traduce que, en caso de mora, como la pena es —por regla— de naturaleza compensatoria, el infractor quedará liberado con solo pagar el valor de la prestación incumplida, con lo que se desconoce el carácter indemnizatorio que tiene la cláusula penal[18]. Tal regla solo se

[17] Sobre el tema de intereses, pueden consultarse, como sentencias hito de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, las de 29 mayo 1981 y 19 noviembre 2001.

[18] Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 295, sostienen que esa previsión del Código de Comercio "equivale al absurdo jurídico de decir que el deudor que incumple aún por dolo solamente debe cumplir la obligación principal, ni más ni menos".

comprende cuando la pena sanciona el retardo o cumple una función de apremiar al deudor.

Como se aprecia, entonces, la lesión enorme en el derecho colombiano no es un vicio del consentimiento, sino una incorrección económica del negocio jurídico, por lo que basta examinar si el valor de la prestación desborda los límites tolerados por el legislador, para afirmar si ella se configuró o no.

• Tiene carácter excepcional y restringido, pues, por una parte, constituye una arquetípica excepción al principio de autonomía de la voluntad privada, y por otra, solo tiene cabida en contados y precisos negocios jurídicos[19].

Es tan claro que el legislador patrio no ha sido simpatizante de la lesión enorme, que el Código de Comercio Terrestre, que rigió hasta 1971, establecía en el artículo 238: "No hay rescisión por causa de lesión enorme en los contratos mercantiles", lo que a primera vista parece conveniente a los intereses del tráfico comercial —y hasta comprensible cuando el contrato se celebra entre comerciantes—, pero que bien examinado puede no ser tan beneficioso en una época de profunda mercantilización del derecho privado, en la que el estatuto de los comerciantes también se aplica bajo los criterios mixto y objetivo (C. de Co., arts. 20, 21 y 22)[20].

Su carácter restringido se advierte en que el legislador tan solo la habilitó en ciertos negocios jurídicos, como quedó visto (venta, permuta, particiones, aceptación de la herencia, mutuo con interés, anticresis, hipoteca, cláusula penal y censo). Pero esta característica se acentúa si se considera que aun en los contratos en los que se la permite, el legislador se resiste a otorgarle —e incluso reconocerle— los efectos que le son propios a toda rescisión o nulidad, procurando, por el contrario, que el negocio jurídico sobreviva.

Así, el decreto de rescisión de la venta por causa de lesión enorme no arruina definitivamente el contrato, pues la ley, en pos de preservarlo, le concede al contratante que soporta la decisión el derecho de completar el justo precio o de restituir el exceso del que recibió, con la deducción o el aumento de la décima parte, según corresponda

[19] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 20 agosto 1985, 6 julio 2007, 16 mayo 2008, 5 diciembre 2011 y 14 junio 2013.

[20] Sobre la procedencia de la lesión enorme en la compraventa mercantil, una vez expedido el Código de Comercio de 1971, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 diciembre 1988.

(C. C., art. 1948)[21]. De igual manera, no se la tolera frente a bienes muebles —con la salvedad ya referida—, ni en las ventas que se hacen por ministerio de la justicia —aunque sí es posible en las que se hacen con autorización del juez, pues se trata de eventos distintos— (ley 57 de 1987, art. 32). La acción rescisoria, además, se extingue por la pérdida de la cosa en poder del comprador, sea ella física o jurídica (esta última por enajenación voluntaria o forzada) (C. C., art. 1951)[22], y no prescribe, sino que está sometida a un plazo de caducidad (C. C., art. 1954)[23].

• Es tasada o sometida a tarifa legal, pues, por regla general, el legislador marca los hitos para determinar si la lesión ha sido enorme.

Así, las más de las veces toma como límite la mitad, por exceso o por defecto (venta, permuta, partición, mutuo y anticresis con interés y aceptación de asignación), o el duplo (cláusula penal e hipoteca), aunque en otras ocasiones adopta referentes distintos, como el valor de la prestación o determinada tasa (también en materia de intereses, en la cláusula penal mercantil y en el censo).

En muy contados casos le defiere su apreciación al juez, particularmente en los de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, señalándole tan solo que debe obrar con prudencia y equidad.

Resalta que este régimen tarifario no elimina las discusiones sobre el justo precio, puesto que no es posible afirmar que existe un único valor justo. Así, aunque el legislador —en la venta— señaló que se refería al tiempo del contrato, puede suceder que el negocio originalmente lesivo resulte luego ventajoso, y viceversa. Del mismo modo, cabe preguntarse si ese justo precio debe medirse en función del costo de la cosa, sin utilidad alguna, o con miramiento a su valor en el comercio, o en determinado mercado, o considerando elementos más controversiales como su significación para el propietario o para la comunidad.

Esta perspectiva tarifaria parece ser la más aconsejable, pero no está exenta de reproches por las inequidades que puede generar. Dejarle el tema al juez podría resultar más conveniente, aunque para evitar que se afectara la seguridad de los negocios jurídicos, sería recomendable que el legislador fijara unos referentes que ilustraran el criterio del juzgador.

• Tiene efectos sancionatorios, sea que genere la rescisión del contrato o la reducción del valor de la prestación. En cualquier caso, a

[21] Corte Const., sent. C-236 de 2014.

[22] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 enero 2007.

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 2002.

la lesión enorme se le apareja un bien y un mal —para utilizar las expresiones del art. 6º del C. C.— como consecuencias condignas a la intolerable desproporción entre las obligaciones.

Ya se dijo en párrafos precedentes que si la lesión se presentaba en un negocio jurídico principal, de cara a uno de sus elementos esenciales, el legislador permitía fulminarlo mediante la rescisión, con los efectos retroactivos que le son inherentes a toda nulidad relativa. Con todo, en la venta se le permite al contratante que se benefició de la lesión completar el justo precio, con deducción o aumento, según el caso, de una décima parte. Mas, si la lesión se configura en una cláusula accidental, surge el derecho para el contratante agraviado de pedir su reducción a los límites permitidos por la ley. Incluso, en materia de intereses pagados en exceso, el acreedor será sancionado con la devolución de la suma correspondiente, más una suma igual, lo cual revela que aun en esta hipótesis, la lesión tiene carácter sancionatorio.

6. TEMAS VIVOS

Muchas controversias ha suscitado el tema de la lesión enorme; sin embargo, solo estudiaremos las que nos suscitan particular interés.

A) *Lesión enorme en contratos atípicos*

Se considera atípico el negocio jurídico que carece de una regulación autónoma e integral en la ley —formalmente considerada—, por más que sea nominado y se encuentren delineadas —en algún otro tipo de normas— algunas de sus características.

En las legislaciones que conciben la lesión enorme bajo un criterio objetivo, excepcional y restringido, surge la pregunta sobre la viabilidad de aplicar esa institución a los contratos atípicos, pues si tales negocios se sujetan, en los aspectos no gobernados por normas imperativas ni regulados por las partes, a las disposiciones del régimen general de la contratación, a las reglas de contratos típicos afines y a los principios generales del derecho, la respuesta dependerá de cuál de dichos criterios de integración se privilegia al momento de establecer la disciplina complementaria que corresponde a ese tipo de negocios jurídicos: si las normas comunes a todos ellos, que no prevén la lesión como vicio del consentimiento, o las que le corresponden al contrato típico más semejante, en el que pueden preverse eventos de lesión.

Desde luego que las disposiciones relativas a límites de intereses y cláusulas penales también se aplican a los contratos atípicos, en la

medida en que son de alcance general y tienen carácter imperativo, por lo que, en lo relacionado con esas materias, puede afirmarse que tales negocios no escapan al control legal de eventos específicos de lesión enorme.

Sin embargo, es en el tema de la rescisión propiamente dicha, como efecto consustancial a la lesión en determinados contratos, en donde la discusión cobra especial interés. Veamos dos ejemplos:

• El primero es la dación en pago, cuya naturaleza jurídica ha sido motivo de larga polémica, hasta el punto de que muchos la consideran una modalidad de pago[24]; otros, una novación por cambio de objeto[25]; algunos más, un pago propiamente dicho[26], mientras que en criterio de algunos otros, se trata de un modo autónomo de extinguir las obligaciones[27].

Sobre la procedencia de la lesión enorme en ese particular negocio jurídico, nuestra Corte Suprema de Justicia consideró en sentencia de 31 de mayo de 1961, que "la ley civil no ha definido la naturaleza de la dación en pago; tampoco ha regulado expresamente todos sus efectos;

[24] C. S. de J., sent. de 24 marzo 1943, "G. J.", t. LV, pág. 247.

[25] C. S. de J., sent. de 12 mayo 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 368.

[26] C. S. de J., sent. de 24 junio 1953, "G. J.", t. LXXXV, pág. 368.

[27] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 2001. En este fallo, la Corte adelantó una afortunada síntesis de las distintas tesituras que ha expuesto la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago, al reseñar: "Es así, en obsequio a la brevedad, como se la ha asimilado —con matices— a una compraventa (Pothier, Troplong, Laurent), en la medida en que el pretendido comprador, se dice, recibe la cosa por un precio que soluciona por compensación la deuda que el vendedor tiene a su cargo (*dare en solutum, est vendere*); o considerada como una novación objetiva (Baudry-Lacantinerie, Aubry-Rau, Planiol, Estevill), en atención a que la obligación primitiva, puntualizan sus seguidores, se extingue sustituyéndose por otra (*ib.,* arts. 1687 y 1690, num. 1), la que a su vez se soluciona —ahí sí— con la ejecución de la nueva prestación debida (C. C., art. 1626); o como una simple modalidad de pago (Somarriva, De Segogne), pues se está dando cumplimiento a la obligación adquirida, solo que —con la aquiescencia del acreedor— de manera diversa (*ib.,* art. 1627, inc. 2º); o como un acto complejo —o mixto— que participa, en tal virtud, de algunas de las características de las anteriores instituciones (Josserand, Mazeaud, Raynand, Weill-Terré y Léoty), toda vez que, por vía de ejemplo, al igual que la compraventa, la dación es título traslaticio de dominio, asemejándose también a la novación por cambio de objeto, puesto que en ambas varía la prestación, y, finalmente, se la ha entendido como un modo autónomo y, de suyo, sustantivo de extinguir las obligaciones (Polacco, Solazzi, Abeliuk, Catala, Barrios y Valls), el que presupone un acuerdo según el cual se habilita al deudor para que, *ex profeso,* satisfaga el derecho crediticio, con un objeto distinto del acordado, pero que se tiene como su equivalente para todos los efectos".

es decir, no hay ley exactamente aplicable al caso aquí controvertido, en el cual se discute sobre el alcance jurídico de la dación en pago, y en concreto si en ella funciona la acción de la lesión enorme. Mas, dado el paralelismo que existe entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte, sin desconocer a las demás tesis expuestas el merito de sus fundamentos, y siguiendo la enseñanza de alguno de sus fallos, reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones, y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie". Y amparada en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, concluyó que "el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta"[28].

No obstante, en emblemática sentencia de 6 de julio de 2007, cuya postura fue reiterada en fallo de 1º de diciembre de 2008, la Corte se apartó de su precedente, para señalar que la dación en pago "no es, *stricto sensu,* equiparable a la compraventa y, por lo mismo, el régimen legal que gobierna a esta última, *in toto,* no le es aplicable a aquella, menos en lo referente a la *laesio ultradimidium,* por su carácter extraordinario, tasado, restringido y sancionatorio con que fue implantado en el sistema colombiano. De suyo, pues, que no pueden los jueces, enarbolando para ello la justicia, la equidad o las deficiencias que encuentran en la normatividad vernácula imperante sobre el particular, pretender extender los alcances de la lesión enorme a un negocio, como la dación en pago, para el cual no fue prevista. Eso, como ya se dijo y ahora se reitera, sería abrogar el derecho positivo vigente, y al tiempo, sustituir al legislador en una función que solo a él compete".

Creemos que bajo el actual régimen jurídico la lesión enorme no puede aplicarse a la dación en pago, porque una institución concebida por el legislador como remedio excepcional y restringido no puede ensancharse para extender su gobierno a los negocios jurídicos atípicos, por más que existan similitudes o afinidades con contratos en los que sí se la habilita. En la postura contraria se reciente el concepto de analogía, dado que un evento finito, limitado, sancionatorio y especial como la lesión enorme, termina expandiéndose a negocios para los que no fue previsto, pasando por alto el postulado de la soberanía contractual que campea de manera singular en los contratos atípicos.

[28] Sobre esta concepción también pueden consultarse las sentencias de 16 septiembre 1909, 27 mayo 1926 y 9 julio 1971.

Detengámonos un momento en este punto. ¿Por qué la analogía no puede ser traída a cuento para aplicar la lesión enorme a otros negocios jurídicos, como la dación en pago? La respuesta la dio la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de diciembre de 2008, al señalar, con verdadera propiedad, que dicho mecanismo de integración normativa no solo exigía la inexistencia de ley exactamente aplicable, la semejanza entre las especies normativas y la identidad de razones que justifiquen su empleo, sino también, ello es medular, "el requisito de que la norma seleccionada para aplicar al caso concreto no ostente naturaleza taxativa, exceptiva o sea de aquellas que establezcan una sanción, en sentido amplio, toda vez que su operatividad está siempre limitada al caso para el cual fueron previstas por la ley. Por eso, «[se] estima como ilegítimo el empleo de la analogía cuando se trata de *sanciones*. Nuestro orden jurídico ha aceptado como regla fundamental el postulado de que sin *texto legal* claro y preciso no puede existir *sanción*. Ese postulado tiene vigencia no solo en el derecho penal (*nulla poena sine lege*), sino también en el derecho civil. Todo se reduce a saber qué debe entenderse por *sanción* en derecho civil. En general, es *sanción* civil todo perjuicio que haya de sufrir uno de los contratantes. Así, la nulidad de un contrato constituye sanción, pues al ser anulado el contrato, la parte beneficiada de él sufre un perjuicio» (Arturo Valencia Zea, *Derecho civil,* t. I, Parte general y personas, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 186)", tras lo cual agregó, "que la puerta de acceso a la utilización de la analogía es la existencia de una verdadera laguna o vacío normativo, requisito que debe diferenciarse del silencio intencional que en la regulación de una determinada materia, hubiere guardado el legislador. En efecto, una cosa es que la ley no se ocupe de disciplinar completamente un específico instituto jurídico y que, como consecuencia de ello, uno o varios aspectos de él carezcan de normatividad, derivándose de esa omisión, total incertidumbre sobre el tratamiento o manejo que debe darse a los mismos; y otra, bien diversa por cierto, es que en la reglamentación de un tema, el legislador, a propósito, no hubiese previsto para él determinadas consecuencias, sin que su silencio, por tanto, signifique vacío legal alguno. De suyo, que solo en el primero de esos supuestos, cabría recurrir a la analogía para encontrar la solución aplicable, mas no en el segundo, pues si en un evento con esas particularidades así se obrara, el intérprete haría suya la función legislativa y, por esta vía, idearía una norma precisamente no querida por el legislador, lo que conllevaría un claro desconocimiento del genuino sentido de la ley, además de una vulneración a las reglas de la competencia, *grosso modo* consideradas".

• El segundo de los ejemplos que merece la atención es el del contrato de *leasing,* más concretamente el de *lease back* o retroarriendo, en virtud del cual una sociedad de *leasing,* a cambio de una retribución mensual o periódica, le entrega al usuario la tenencia, a dicho título, de un inmueble que previamente ha adquirido del propio tenedor —justamente con ese específico propósito—, concediéndole una opción de compra para ser ejercida al final del contrato, por un valor que, en términos generales, corresponde a la parte del precio del bien no amortizada con los cánones.

Aunque la Corte ha reconocido que el *leasing* es un negocio jurídico atípico[29], en sentencia de 25 de septiembre de 2007 puntualizó que "la operación de *leasing* financiero y, por reflejo, la del *lease back,* son supuestos o hipótesis de contratos coligados o conexos, con todo lo que ello implica, en especial, la total autonomía de cada uno de los que sirven a ella, se itera, la compraventa, por medio de la cual la entidad financiera adquiere el bien, y el *leasing* propiamente dicho, que permite la entrega de su tenencia al locatario", lo que significa que, "pese al coligamiento referido, la compraventa [...] sigue sujeta al régimen jurídico que le es propio", por lo que es "procedente examinar si el precio fue justo, en orden a establecer la viabilidad de rescindir el contrato por lesión enorme, como lo autorizan los artículos 1946 y siguientes del Código Civil".

Obsérvese que a diferencia del caso anterior, en este el problema no radica tanto en establecer si le es aplicable o no al contrato atípico el régimen que disciplina el negocio jurídico típico que le es más afín, como en precisar si el también apellidado *leasing* de retorno, o *sale and lease back,* constituye un único contrato que no puede ser parcelado para abrirle paso a una institución que, como la lesión enorme, resquebrajaría la unidad de la operación financiera, o si, por el contrario, se trata de un negocio jurídico que involucra varios contratos coligados funcionalmente entre sí, hipótesis en la que el tema ya no sería de viabilidad de la lesión en un contrato atípico, pues la compraventa expresamente la permite.

En nuestro concepto, la opinión de la Corte es correcta, porque ni las uniones de contratos, ni los contratos coligados, permiten deslucir o desvanecer el régimen que gobierna cada uno de los negocios jurídicos, los cuales continúan sometidos a su propia disciplina. El *lease back,* como tal, es un negocio atípico, genética y funcionalmente ligado a una

[29] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 2002.

venta que, por tanto, le sirve de presupuesto; pero es claro que ella no se diluye o funde en el *leasing,* por lo que bien puede rescindirse por causa de lesión enorme.

B) *Lesión enorme en contratos estatales*

La ley 80 de 1993 establece que los contratos que celebren las entidades públicas están sometidos, por regla general, a las normas del derecho privado, sin perjuicio de lo previsto en disposiciones especiales (art. 40). Por tanto, parece claro que la lesión enorme se aplica en aquellos negocios jurídicos para los que se prevé los códigos Civil y de Comercio, máxime si se considera que "su carácter objetivo implica también que ella, ya en el caso concreto del contrato de compraventa, opere independientemente de la persona del comprador o del vendedor, sea mayor o menor, persona natural o jurídica, o entidad de derecho público", como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de diciembre de 1999[30].

Sin embargo, como las entidades públicas están sujetas a un conjunto de disposiciones que determinan, en el caso de la compraventa, la forma como debe establecerse el precio del bien objeto del negocio jurídico —con referencia a un avalúo que, previamente, debe elaborar el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o un perito de las lonjas de propiedad raíz—, vale la pena preguntarse si es posible que con posterioridad, alguno de los partícipes en el contrato estatal solicite su rescisión por causa de lesión enorme.

La Corte Suprema de Justicia, de antaño, ha dado una respuesta afirmativa, al señalar en varios de sus pronunciamientos que las normas que imponen "una limitación a las entidades de derecho público en la fijación del precio cuando adquieran, por negociación directa, un inmueble [...], en ningún momento expresan que, en caso de demanda por haberse padecido por el vendedor lesión enorme, para averiguar si existió esta, ha de confrontarse el precio recibido por el demandante con el avalúo que el inmueble tenga en la oficina de catastro. Si el precio que se paga es inferior a la mitad del justo, la lesión enorme se produce aunque el comprador sea una entidad de derecho público"[31].

[30] La misma jurisprudencia, en todo caso, ha precisado que si el bien ha sido destinado a un servicio público, no es posible disponer la rescisión por causa de lesión, evento en el que el vendedor agraviado solo tiene derecho a que se le complete el justo precio.

[31] Sala de Casación Civil, sent. de 20 noviembre 1980.

Podría alegarse que el expediente de la lesión enorme constituiría, en esa hipótesis, un escenario propicio para desconocer las normas jurídicas que han querido determinar, bajo reglas y mecanismos precisos, cómo debe establecerse el valor de un bien que una entidad pública quiere vender o comprar; al fin y al cabo, este sería fijado por un perito designado por el juez en el trámite del proceso. Incluso, cabría sostener que el legislador se pone en jaque a sí mismo.

Sin embargo, no existe fundamento moral o jurídico para diferenciar una compraventa de otra, en lo tocante a la justicia del precio, por la sola calidad que tenga uno de los contratantes. Además, que el legislador hubiere establecido unos criterios para determinar el valor de un bien, simplemente constituye una sana medida de precaución para evitar, entre muchas otras contingencias, la injusticia del precio, bien en favor, bien en contra, de la entidad estatal y, por tanto, del erario.

C) *Lesión enorme en la venta de bienes muebles*

Es claro que la ley, hasta hoy, no permite la acción rescisoria por causa de lesión en la venta de bienes muebles, como lo precisa el artículo 32 de la ley 57 de 1887.

Sin embargo, las cosas no siempre fueron así, pues el texto original del artículo 1949 del Código Civil únicamente impedía rescindir "las ventas verificadas en pública subasta"; se aplicaba, pues, la regla prevista en el artículo 1946 de la misma codificación, conforme a la cual "el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme", sin parar mientes en la clase de bienes vendidos.

Las razones que se han dado para esa distinción, de suyo odiosa desde la perspectiva de la equidad, van desde la importancia histórica que ha tenido la propiedad inmobiliaria, hasta la dificultad para determinar el justo precio de un bien susceptible de deteriorarse, sin dejar a un lado la agilidad de las transacciones que se celebran sobre las cosas muebles, por lo que, en la práctica, la transferencia a terceros truncaría prontamente la posibilidad de rescindir una venta por motivo de lesión enorme.

Empero, la historia les da la razón a quienes abogan por que la lesión enorme se permita en la venta de muebles, pues JUSTINIANO, por ejemplo, la habilitó para todas las cosas (*res*), mientras que glosadores y canonistas, en el Medievo, hicieron distinción, pero solo en cuanto a las directrices para establecer la lesión.

No encontramos, pues, justificación suficiente para excluir la lesión enorme de los contratos de compraventa de bienes muebles, máxime si se considera que la equidad y la justicia son valores que deben insuflar todo negocio jurídico, sin reparar en el objeto de la prestación. Más aún, nadie puede discutir la importancia económica que tiene la propiedad mobiliaria, hasta el punto de que la riqueza hoy no se puede medir con referencia exclusiva a la finca raíz, como acontecía siglos atrás.

Las dificultades que pudieran presentarse simplemente exigen soluciones imaginativas, como, por ejemplo, distinguir los bienes muebles sujetos a registro de aquellos que no lo están, para fijar plazos especiales y cortos de caducidad cuando de estos últimos se trata, o criterios de medición del justo precio diferentes, según corresponda. En cualquier caso, ya es tiempo de desafiar el prejuicio.

Muchos otros temas ofrecen discusión, como la rescindibilidad, por causa de lesión, de una venta precedida de promesa[32] o de opción; o la corrección monetaria en las restituciones o pagos que deban hacerse en el evento de rescisión de una venta por lesión enorme[33]; o si se puede renunciar a la rescisión y al derecho a pedir la reducción de la pena o de los intereses; o si la lesión enorme presupone que hubo pago; o si el plazo para rescindir una compraventa es de prescripción o de caducidad, temas todos en los que la jurisprudencia y la doctrina ofrecen, a veces luces, a veces tinieblas. A ellas nos remitimos.

7. Conclusión

Creemos que va siendo hora para que el legislador patrio mude de aires en el régimen de la lesión enorme, pues la equidad y la justicia son valores que deben permear todos los negocios jurídicos y no solo algunos de ellos, a manera de privilegio. Por eso nos acogemos, sin duda, al criterio mixto que ya se enseñorea en otros ordenamientos, puntualizando que la ley debe fijar unos criterios cualitativos

[32] Al respecto, pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 26 abril 1961, que descarta esa posibilidad, y las de 23 julio 1969 y 20 agosto 1985, que la permiten.

[33] En principio, la Corte Suprema de Justicia no concebía la posibilidad de corregir monetariamente el saldo del justo precio, o la suma que debía restituirse, en caso de consentirse la rescisión, como se lee, por ejemplo, en las sentencias de 20 de agosto de 1985 y 22 de julio de 1987. Sin embargo, en años recientes modificó esa postura para permitir la indexación en ambos casos, como se consignó en las sentencias de 8 de junio de 1999 y 13 de diciembre de 2001.

o cuantitativos para establecer el grado de lesión, pues no es conveniente para la seguridad contractual dejar al arbitrio de los jueces su ponderación y mensura.

Opinamos, por tanto, que la lesión enorme debe constituir un vicio del consentimiento en todos los contratos onerosos y conmutativos, en ciertas condiciones como la penuria, la ligereza o inexperiencia del contratante que padece la lesión, debidamente comprobada, cuando, además, de ella se hubiere aprovechado el otro contratante y siempre que se configure la desproporción económica prevista en la ley.

Las posibles afectaciones a la seguridad de los contratos se atenuarían si el legislador, por una parte, estableciera un plazo breve de caducidad —seis meses, para nuestro gusto—, máxime si se tiene en cuenta la actual agilidad en las operaciones de transferencia de bienes y servicios, y por otra, preservara la regla que impide la rescisión cuando el bien es transferido a terceros de buena fe.

En fin, resolvemos la tensión entre los valores de justicia y seguridad en favor de aquella, pero sin atropellar a esta, pues la experiencia ha demostrado que ni las leyes del mercado ni las de los hombres garantizan la igualdad de los contratantes; que el derecho debe tener un propósito tuitivo, de tal forma que dispense protección a quien ha sido perjudicado por otro; que la soberanía contractual no es pretexto suficiente para convertir a los hombres en esclavos de sus estipulaciones y que la equidad y la buena fe, tan teorizadas, deben permear todos los espacios de la contratación.

Una idea alternativa: podría abrirsele paso a la lesión enorme en las relaciones de consumo, de tal forma que cualquier contrato conmutativo —sobre muebles o inmuebles— en el que participara un consumidor pudiera ser rescindido por esa causa, si se verificaran unas condiciones objetivas de desequilibrio económico, preestablecidas en la ley. En otra oportunidad desarrollaremos esta idea.

8. BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina*

CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* t. II, vol. V, Bogotá-Santiago, Edit. Temis-Editorial Jurídica de Chile, 1992.

GARCÍA VALLES, RICARDO: *Rescisión por laesio ultradimidium,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1962.

Josserand, Louis: *Derecho civil,* t. II, vol. II, *Contratos*, 3ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1998.

Pérez Vives, Álvaro: *Compraventa y permuta en derecho colombiano,* 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1953.

Pothier, Robert: *Tratado de las obligaciones,* Buenos Aires, Atalaya, 1947.

Ripert, Georges: *La regla moral en las obligaciones civiles,* Bogotá, La Gran Colombia, 1946.

Rodríguez Fonnegra, Jaime: *Del contrato de compraventa y materias aledañas,* Bogotá, Lerner, 1960.

Valencia Zea, Arturo: *Derecho civil,* vol. IV, *De los contratos*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1980.

B) *Jurisprudencia*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 septiembre 1909, "G. J.", t. XIX, pág. 198.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 marzo 1921, "G. J.", t. XXVIII, pág. 314.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 mayo 1926, "G. J.", t. XXXII, pág. 331.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 1929, "G. J.", t. XXXVII, pág. 390.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 agosto 1933, "G. J.", t. XLI, pág. 501.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 diciembre 1934, "G. J.", t. XLI bis, pág. 73.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 marzo 1943, "G. J.", t. LV, pág. 247.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 mayo 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 368.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 junio 1953, "G. J.", t. LXXXV, pág. 368.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 1954, "G. J.", t. LXXIX. pág. 280.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 1955, "G. J.", t. LXXXI, pág. 79.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 abril 1961, "G. J.", t. XCV, núm. 2239, pág. 777.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 julio 1969, "G. J.", t. CXXXI, pág. 53.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 julio 1971, "G. J.", t. CXXXIX, pág. 46.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 noviembre 1980, M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1981, M. P. Germán Giraldo Zuluaga.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 agosto 1985, M. P. Horacio Montoya Gil.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 1988, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1993, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 9 diciembre 1999, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 septiembre 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 noviembre 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 septiembre 2002, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 enero 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 de mayo de 2008, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º de diciembre de 2008, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 de junio de 2011, M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 de diciembre de 2011, M. P. William Namén Vargas.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 de junio de 2013, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Constitucional, sent. C-236 de 9 de abril de 2014, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Capítulo VII

Tratamiento jurisprudencial del incumplimiento en los contratos bilaterales

Rafael Romero Sierra*

1. Incumplimiento de los contratos bilaterales

A) *Postulado de la autonomía contractual*

A manera de apunte introductorio, conviene recordar que el Código Civil colombiano, en el artículo 1494, señala como una de las fuentes de las obligaciones, entre otras, el contrato, según definición que de él se da en el artículo 1495 *ibid.;* y el artículo 1602 de la misma codificación civil preceptúa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, precepto que constituye el punto de partida para el reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad como actividad y potestad creadora, modificadora y extintiva de relaciones jurídicas entre los individuos, relaciones cuya vida y desarrollo ya están regidas por normas jurídicas preexistentes y cuya manifestación suprema la constituye el negocio jurídico. Este se entiende simplemente como el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con los demás y al cual el derecho enlaza los efectos en lo que hace relación, especialmente, con la función económico-social que caracteriza su tipo[1].

Sin embargo, dicho poder, que por el artículo que se cita se les reconoce a las voluntades particulares para reglamentar por sí mismas

* Exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

[1] Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico,* 2ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 30 a 64; José Melich Orsini, *Doctrina general del contrato,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, pags. 30-31; Luigi Ferri, *La autonomía privada*, Granada, Comares, 2001, págs. 16 a 85.

el contenido y modalidad de las obligaciones que se imponen, no es absoluto, pues encuentra límites en nociones superiores como el orden público y las buenas costumbres, fronteras recogidas positivamente en el artículo 16 del Código Civil, según el cual "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia está interesado el orden y las buenas costumbres".

Tradicionalmente así ha entendido dicho postulado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando desde antiguo ha proclamado que la voluntad de los contratantes, si no fuere contra derecho o contra las buenas costumbres, es ley especial por la cual se rigen los contratos, y cuando las estipulaciones que estas contienen son claras y terminantes, no caben interpretaciones que les alteren el sentido natural y recto[2].

Dicha corporación ha reiterado esta doctrina sin variación hasta nuestros días, pues en el punto, luego señaló: "Los arts. 15, 16 y 1602 del C. C. consagran el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden público. Bajo nuestro régimen jurídico reglamenta la ley ciertos tipos de contratos, lo cual no impide a la iniciativa individual celebrar convenciones distintas que satisfagan necesidades no catalogadas por el legislador. En tesis general pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo de contrato, cuando el que se celebró no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija una interpretación diferente debido a su fin, específicamente articulado en la convención misma [...]"[3].

"Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con las expresas prohibiciones legales. En esta forma la ley concede la facultad para que los contratantes estipulen libremente y solo a falta de esto entran en juego las normas del C. C. para suplir, por decirlo así, la voluntad de los que intervienen en esta clase de convenciones [...]"[4].

[2] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 octubre 1987, "G. J.", t. XIII, pág. 110.

[3] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 marzo 1941, "G. J.", t. L, pág. 824.

[4] C. S. de J., Sala de Casación de Negocios Generales, sent. de 23 agosto 1945, "G. J.", t. LIX, pág. 1097.

"La legislación colombiana tiene como uno de sus principios fundamentales el de la autonomía privada en virtud del cual estos pueden efectuar actos jurídicos sujetos a las normas que regulan sus eficacia y validez, y dentro de las limitaciones impuestas por el orden público y el derecho ajeno, principio que en relación con los contratos se halla consagrado en el artículo 1602 del C. C. [...]"[5] o "En el ámbito del derecho privado, como bien se sabe, campea el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual se permite a los particulares darse las reglas rectoras de sus relaciones económico-sociales, ordenando su voluntad a la obtención de determinados efectos jurídicos. Las manifestaciones de voluntad legalmente expresadas, gozan entre las partes de fuerza vinculante semejante a la de la ley (C. C., art. 1602)"[6].

"En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, la legislación civil positiva autoriza a los particulares a crear, modificar o extinguir obligaciones mediante actos jurídicos, ya sean estos de carácter unilateral, bilateral o plurilateral"[7].

De suerte que en el artículo 1602 del Código Civil se recoge y condensa la regla de oro de la autonomía de la voluntad para crear, modificar y extinguir obligaciones, pues no solamente se reconoce explícitamente el poder de los particulares para regular por sí mismos el contenido y la modalidad del contrato, sino que también se les advierte a los contratantes que dicho reconocimiento no se le puede otorgar sino al contrato que ha sido "legalmente celebrado", es decir, a aquel cuya celebración se ha sometido al cumplimiento de las disposiciones legales previstas para su validez, pues se previene que, si así no proceden, puede ser invalidado por causas legales; y, desde luego, también se les reconoce el poder de que disponen para invalidar, por su mutuo consentimiento, el contrato legalmente celebrado.

El reconocimiento de la voluntad privada para regular los propios intereses de los particulares, como si fuera una ley, se robustece con el contenido del artículo 1618 del Código Civil, bajo cuyo tenor, "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras"; precepto respecto del cual la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "La ley no reconoce palabras

[5] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 mayo 2002.

[6] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 26 noviembre 1997, "G. J.", t. CCXLIX, núm. 2488, vol. II, pág. 1531, exp. 4671.

[7] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 marzo 1996, "G. J.", t. CCXL, pág. 491, exp. 4714.

sacramentales y la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlos, que es cosa adjetiva"[8].

Este principio, sin embargo, no solamente tiene las limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres, según se ha dicho, sino que también ha sufrido mengua por diversos motivos, en especial por razones de interés público y social, como consecuencia, particularmente, de la evolución de las ideas políticas y sociales de los siglos XIX y XX, que han impuesto severas restricciones en el ámbito de la autonomía contractual, como sucede, por ejemplo, en el campo de las relaciones laborales; en los contratos de arrendamiento, sobre todo de inmuebles urbanos destinados a la vivienda (ley 820 de 2003; decrs. 3130 de 2003, 51 de 2004 y 1789 de 2004); en los contratos de compraventa de bienes inmuebles destinados a la vivienda, en especial en el aspecto relacionado con la financiación (ley 546 de 1999; decrs. 498 de 2000, 1567 de 2001, 578 de 2002, 1042 de 2003, 975 de 2004, 973 de 2005 y 2440 de 2005); en la de protección al consumidor (decr. 3466 de 1982), etc., ámbitos dentro de los cuales la voluntad particular tiene poco protagonismo.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia cuando sobre el tema en cuestión se ha dicho: "La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivos de interés social y aun de orden público, ya por un empeño de tutela en el amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ellos es la prohibición de renunciar [a] ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme; reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal; rebaja de intereses inmoderados en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave [...]"[9].

B) *Fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*

De conformidad con lo expuesto, la fuerza obligatoria del contrato reside en el acuerdo de voluntades (*servanda est fides, pacta sunt*

[8] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 septiembre 1930, "G. J.", t. XXXVIII, pág. 88.

[9] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 20 abril 1940, "G. J.", t. XLIX, pág. 247.

servanda)[10], aunque la doctrina expone otros fundamentos, como "[...] las exigencias de la vida social, como un imperativo de la seguridad y del orden. Para otros la fidelidad de la promesa garantiza la defensa de los bienes de toda clase, que es la finalidad del derecho. Los contractualistas (Grocio, Pufendorf, Rousseau) la fundamentan en un pacto social tácito; y los utilitaristas (Bentham), en un interés positivo en beneficio de la sociedad y del individuo. Otros se apoyan en un natural impulso psicológico a cumplir (Lipps); o en el deber universal de decir la verdad o en un imperativo moral dirían los canonistas. [...], como también hay otros que indican el derecho positivo como el fundamento de toda validez jurídica"[11].

2. Causas de disolución de los contratos

Ya se expuso que nuestro derecho de contratos está constituido sobre la base del paradigma de la obligatoriedad de la relación contractual (*pacta sunt servanda*) o principio de la intangibilidad de la relación negocial, razón por la cual, por regla general, el contrato no es susceptible de modificarse unilateralmente.

Por ello, el mismo artículo 1602 del Código Civil señala como causas de invalidación o resolución de los contratos una de origen contractual y dos de carácter legal que son, en su orden, el mutuo disenso expreso de los contratantes, la condición resolutoria tácita y la nulidad, en cuyas dos primeras causas nos ocuparemos a continuación.

A) *Mutuo consentimiento expreso de los contratantes o mutuo disenso expreso*

Dijimos en párrafos precedentes que bajo el postulado de la autonomía de la voluntad no solamente se autorizaba a los particulares para crear obligaciones, mediante contratos validamente celebrados, sino que igualmente se les autorizaba para extinguirlas, pues al tenor del artículo 1602 del Código Civil, el contrato legalmente celebrado no puede ser invalidado, sino, entre otras causas, "[...] por el consentimiento mutuo [...]", principio general que se reitera en el artículo 1625 de la misma codificación civil, que encabeza el título xiv del libro 4º de dicha

[10] Melich Orsini, *op. cit.,* pág. 29.

[11] Gabriel Escobar Sanín, *Negocios civiles y comerciales,* t. ii, Teoría general de los contratos, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, pág. 21.

obra, que trata "De los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo", cuando reza que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula"; modo de extinción que "[...] equivale a hacer un nuevo contrato, cuyo efecto es resolver uno anterior, pues que las cosas se deshacen del mismo modo que se hacen"[12]. A esta redacción le han criticado, tanto la doctrina como la jurisprudencia —no sobra recordarlo—, el empleo de la expresión "darla por nula", que se le considera inapropiadamente utilizada, pues en síntesis, se afirma, por un lado, que [...] no es este un modo de extinguir obligaciones que se parezca siquiera a la nulidad, que es otro modo de extinción de que habla el artículo 1567 [...] porque de ser así, habría sido una redundancia inútil del legislador que vuelva a incluir este mismo modo más abajo del inciso primero"[13]; y, por otro, porque "[...] cuando las partes convienen en invalidar una obligación por mutuo consentimiento, ocurrencia que los maestros franceses denominan resiliación, no es porque ella en sí adolezca de este vicio, ya que no le falta ninguno de los requisitos que la ley señala para el valor del mismo acto o contrato, o los que se refieran al estado o calidad de las partes, ni porque en esa convención primitiva hubiera objeto o causa ilícitos o se hubieran omitido los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no al estado y la calidad de las partes, de acuerdo con los artículos 1740 y 1741 del C. C. [...]"[14].

La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley —ha expresado la Corte Suprema de Justicia con apoyo en el art. 1602 del C. C.— "[...] es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que «[...] toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas,

[12] FERNANDO VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano,* t. VI, Bogotá, Ediciones Lex, 1983, pág. 473.

[13] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Derecho civil. Teoría de las obligaciones,* Versión taquigráfica de la cátedra de Derecho Civil, Santiago de Chile, Imprenta El Esfuerzo, 1934, pág. 329.

[14] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 septiembre 1944, "G. J.", t. LVII, pág. 580.

siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula»"[15].

Con posterioridad, señaló la misma corporación: "El Código Civil consagró como modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico o «convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula» (art. 1625, inc. 1º). Ese negocio jurídico o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión «mutuo disenso». Lo novedoso del aspecto puede ser, entonces, la forma como se denomina, pero no la institución misma, que es tan antigua como el régimen de la creación de obligaciones a través [*sic*] de declaraciones de voluntad"[16].

B) *La condición resolutoria tácita*

El artículo 1546 del Código Civil regula la resolución legal del contrato mediante la condición resolutoria tácita, entendida como la que va envuelta en todos los contratos bilaterales para el caso en que uno de los contratantes no cumpla lo pactado, cuyos efectos generales son los previstos en los artículos 1544 y 1545, sin perjuicio de los efectos que se derivan de casos especiales, como los previstos en los artículos 1909, 1930 y 1932, para el contrato de compraventa, resuelto por el no pago del precio.

La doctrina señala, al tratar la teoría la de condición resolutoria tácita, que "[...] lo fundamental en ella es explicar la resolución del contrato como el efecto del cumplimiento de una condición resolutoria, en la cual el evento condicionante radicaría en el incumplimiento de la obligación por parte de aquel contra quien se hace valer la acción resolutoria. Los efectos de esta acción serían, pues, sensiblemente análogos a los de la *lex commissoria* del derecho romano, por cuyo motivo, para hacer verosímil sus pretensiones, los partidarios de esta teoría han sostenido que el origen histórico de nuestra actual acción resolutoria estaría en la circunstancia, postulada por ellos, de haberse generalizado a tal punto en los contratos notariales del derecho intermedio el empleo de la *lex commissoria,* hasta convertirse así en mera cláusula de estilo, que los tribunales habrían concluido, por interpretación de la presunta voluntad de las partes, en darla por incorporada aun

[15] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 5 noviembre 1979, "G. J.", t. CLX, pág. 314.

[16] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 diciembre 1982, "G. J.", t. CLXV, pág. 344.

en aquellos contratos en que no se la consignaba en forma alguna"[17], criterio compartido de vieja data por la Corte Suprema de Justicia al pregonar que "[...] doctrinariamente se explica la condición resolutoria tácita, o sea la legal, como interpretación de la voluntad de las partes, a consecuencia de lo cual ella no es de orden público. El legislador ha considerado que cada uno de los tratantes subordina sus propias obligaciones a las prestaciones que del otro tiene derecho a exigir, por cuyo motivo, para el caso de incumplimiento de lo pactado por una de las partes, creó a favor de la otra el derecho de resolver. Se entiende, por tanto, establecida una estrecha dependencia entre los dos haces de obligaciones que surgen de un negocio jurídico voluntario y bilateral. Con ocasión de esta doctrina, se advierte que algunos expositores fundamentan la razón de ser del citado art. 1546 en la teoría de la causa. Pero también el derecho de resolver un contrato puede fundarse, como ya se dijo, en la voluntad expresa de los contratantes. En este caso se eleva a la categoría de causa de la obligación que contrajo una de las partes, aquella cuyo incumplimiento, según lo pactado expresamente, acarrearía la resolución. La reserva expresa del derecho de resolución se conoce en la doctrina del derecho civil con dos nombres que corresponden a dos categorías distintas: *lex commissoria* o pacto comisorio y cláusula de caducidad"[18].

Desde luego que no es esta la única teoría que se ha expuesto para explicar el fundamento de la condición resolutoria tácita; también ha recurrido la doctrina a otras figuras, entre las cuales cabe señalar la de la causa, en la cual se ha apoyado la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos, como en el de 7 de octubre de 1938, para resolver un contrato de permuta; como la de la sanción, que consiste, resumidamente, en que se trata de una pena impuesta por el ordenamiento como una medida aflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada, teoría de la cual también se ha valido la Corte Suprema de Justicia para definir los alcances de las prestaciones que debe satisfacer la parte incumplida, como en el fallo de 2 de noviembre de 1964; y, en la de la ruptura de equilibrio económico entre las prestaciones correlativas, teoría que se aplica a la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, en la que se

[17] JOSÉ MELICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento,* 2ª ed., Bogotá, Edit., Temis, 1982, págs. 85 a 110.

[18] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 julio 1939, "G. J.", t. XLIV, pág. 66.

necesita un hecho objetivo e imprevisible (fortuito) que desequilibrando excesivamente la relación entre las prestaciones, da lugar al derecho de resolución que se concede a la parte que no hubiere recibido o no pudiere recibir la utilidad esperada.

Es la segunda de las causas de disolución de contratos bilaterales y la primera de carácter legal, cuyo contenido y alcance fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 5 de noviembre de 1979, en el que, a vuelta de resumir los antecedentes históricos de la acción resolutoria y sus fundamentos, se sentaron valiosas conclusiones respecto de la legitimación en la causa para intentar la resolución del contrato bilateral en el evento de incumplimiento recíproco y simultáneo o coetáneo de obligaciones, doctrina que hoy conserva toda su vigencia.

Se dijo en dicho fallo lo siguiente:

"[...] 2) Recurriendo a los antecedentes históricos de la acción resolutoria como remedio para aniquilar una convención bilateral por incumplimiento de uno de los contratantes, esta no se conoció en el antiguo derecho romano. Sin embargo, comoquiera que en un comienzo el acreedor cumplido no tenía más derecho que el de exigir el cumplimiento del contrato, ante la desprotección en que se encontraba el vendedor en los contratos de venta, se adquirió el hábito de estipular en él la *lex commissoria,* pacto que contemplaba [*sic*] la resolución de la venta en caso de falta de pago del precio y operaba de pleno derecho en el evento en que el vendedor quisiera valerse de dicha estipulación.

"No se concebía, pues, la acción resolutoria con los claros perfiles que hoy presenta, o sea, de entenderse o considerarse implícitamente establecida en toda convención bilateral, puesto que requería de [*sic*] la consignación expresa y con aplicación restringida al contrato de compraventa. Con todo, mediante el pacto de *lex commissoria,* el vendedor, si el comprador no cumplía con la obligación de pagarle el precio, quedaba facultado para demandar la resolución de la venta. De suerte que este mecanismo no actuaba a favor del comprador sino en pro del vendedor, ante el incumplimiento de aquel.

"[...] 3) A pesar del antecedente reseñado, todo indica que le correspondió al derecho canónico perfeccionar la acción resolutoria e institucionalizarla con más vastos alcances, pues por una parte la consideró implícita en todo contrato sinalagmático y, por otra, estaba destinada a sancionar la falta al cumplimiento de la obligación jurada y tuvo plena aplicación en la regla siguiente: «en vano se pide que cumpla su palabra a cuyo respecto no se cumple la fe jurada».

”El criterio moral que los canonistas le imprimieron [*sic*] a la acción resolutoria, los llevó a sentar el principio de que la acción la podía hacer valer el contratante cumplido contra el que faltó a la palabra empeñada.

”4) Continuando con la huella trazada por los canonistas, se presentan los glosadores y por ese entonces se sostuvo que en las relaciones contractuales sinalagmáticas no podía demandar la resolución o el cumplimiento de lo pactado quien no hubiera ejecutado u ofrecido ejecutar su prestación. Se consideró que el provisor no estaba obligado a respetar el juramento que había prestado de cumplir con todas las obligaciones que corrían de su cargo, si aquel en cuyo beneficio se prestaba a su vez infringía sus compromisos. Por consiguiente, el contratante cumplido o que hubiese estado interesado en cumplir no solo gozaba de la prerrogativa de suspender o cesar la ejecución de su obligación, sino que podía alegar la liberación definitiva de todo compromiso, como si el juramento no hubiese existido.

”5) Sin alejarse de estos postulados, el antiguo derecho español, en la Partida Quinta, reproducida en el Ordenamiento de Alcalá y en la Recopilación, establecía que la condición resolutoria debía considerarse implícitamente en las convenciones cuando uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

”6) Consultando los criterios y principios anteriores, así como la costumbre de pactar la *lex commissoria,* llevó a los franceses a pensar que la condición resolutoria debía considerársele tácitamente convenida en las convenciones sinalagmáticas, y al efecto el código napoleónico estableció en el artículo 1184 lo siguiente: «La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso.

En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a cuyo respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la elección de forzar a la otra a la ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente, y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias».

”El artículo 1184 del Código Civil francés es, entonces, el resultante de todo un proceso histórico, o sea, que la acción resolutoria la tiene el contratante cumplido frente al incumplido, como de manera reiterada y uniforme lo pone presente la doctrina francesa, la cual se encuentra muy bien resumida en el siguiente pasaje de la obra de *Derecho civil* de RIPERT y BOULANGER, que en el punto expresa: «*A quien corresponde*

la acción.— La acción de resolución no está abierta más que favor de la parte que está dispuesta a cumplir su compromiso o que ya lo haya cumplido. La otra parte no tiene derecho a hacer resolver el contrato [...]. Si la causa es imputable a la culpa de una de las partes, es natural que esa parte sufra la resolución por voluntad de la otra, sin poder demandarla. La parte a la que pertenece la acción de resolución no está reducida a ese solo medio. Tiene la elección de hacer resolver el contrato o de exigir su cumplimiento suponiendo que la falta del deudor no haya hecho imposible tal cumplimiento» (t. iv, núms. 536 y 537).

"Igual criterio al precedente ha sido sentado por R. J. Pothier (*Tratado de las obligaciones*, núm. 672), Colin y Capitant (*Derecho civil*, t. iii, 741 y 742) y por los tribunales franceses.

"[...] 8) En Colombia, donde se siguió muy de cerca el código napoleónico, igualmente su criterio en materia de acción resolutoria cuando una de las partes contratantes incumple, pues al efecto dispone el artículo 1546 que «en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios».

"Entonces, desde el punto de vista histórico, no queda duda [de] que la acción resolutoria la tiene el contratante diligente contra el contratante incumplido. Y no se puede subestimar que una regla auxiliar de interpretación de la ley consiste en determinar su sentido y alcance a través [*sic*] de «la historia fidedigna de su establecimiento». (C. C., art. 27)"[19].

a) *Fundamento de la acción resolutoria*. El mismo fallo citado recoge los diversos conceptos que la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, han expuesto para explicar el fundamento de la acción resolutoria tácita que, dicho sea de paso, guardan semejanza con los expuestos para explicar los fundamentos de la condición resolutoria, para cuya comprensión basta la siguiente reproducción.

"[...] 9) Mirando el aspecto controvertido desde otro ángulo, se tiene que cuando doctrinantes y la jurisprudencia, nacional y extranjera se han dedicado a explicar los fundamentos de la condición resolutoria tácita y su consiguiente acción, así hayan asumido diferentes posiciones, si

[19] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 noviembre 1979, "G. J.", t. clx, págs. 306-314.

han tenido como coincidente conclusión afirmar que la acción alternativa que consagra la ley, de resolución o cumplimiento del contrato bilateral, solo se la ofrece al contratante cumplido o que ha estado presto a cumplir con las obligaciones de su cargo.

"En efecto, cuando justifican la existencia del artículo 1546 del Código Civil en la equidad, la explican afirmando que si uno de los contratantes incumple con las obligaciones que corren a su cargo, es apenas obvio y equitativo que el derecho autorice al contratante diligente o cumplido para desligarse del vínculo que lo une con el incumplido.

"Quienes pretenden encontrar el fundamento en el hecho de ser una sanción, sostienen que la acción resolutoria constituye la merecida sanción que le impone la ley al contratante incumplido.

"Los que afirman el fundamento de la condición resolutoria tácita en la voluntad presunta de las partes, sostienen que el artículo 1546 del Código Civil consagra la intención probable de estas, en virtud de que es lógico suponer que el contratante cumplido no quiere seguir atado por la convención al otro contratante".

Pero cualquiera que fuese el fundamento que se le asigne a la condición resolutoria tácita, lo cierto es que la jurisprudencia, con contadas excepciones, ha sostenido que según el artículo 1546 del Código Civil, "[...] cuando en un contrato bilateral una de las partes se halle en mora de cumplir con las obligaciones de su cargo, el otro contratante que ha cumplido con las suyas o que ha estado presto a cumplirlas, tiene la prerrogativa de solicitar, a su arbitrio, cualquiera de estas dos acciones: la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, en uno y otro evento con indemnización de perjuicios. No queda la menor duda [de] que el ofrecimiento alternativo que hace la ley al acreedor de una de las dos acciones enunciadas, solo se la hace al contratante cumplido, lo cual se infiere desde el propio origen o antecedente histórico de la institución de la condición resolutoria tácita y de la forma como quedó concebido el artículo 1546 del Código Civil, cuyo punto de partida, como se vio, es muy remoto y universal, puesto que históricamente surgió como una institución paralela a la *lex commissoria* del derecho romano".

Este criterio se ha venido repitiendo cada vez que la Corte Suprema de Justicia ha tratado el tema de la resolución de los contratos bilaterales, como se lee en el siguiente fallo: "De la celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes. Cada una de ellas es acreedora y deudora de la otra, aunque

las obligaciones no deban cumplirse simultáneamente. Esta reciprocidad de derechos y obligaciones es el fundamento de la acción resolutoria en caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo, pudiéndose pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios [...]"[20].

De allí que, con excepción de los fallos de 29 de noviembre de 1978 y de 7 de diciembre de 1982, siempre se haya sostenido que la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil solamente pueda ser ejercida por el contratante cumplido frente al incumplido, pues sobre el particular, profusamente, se ha expresado lo siguiente: "Todas estas reflexiones van dirigidas a hacer las precisiones sobre los alcances del artículo 1546, puesto que se ha sostenido que las acciones que surgen de este precepto también están conferidas al contratante incumpliente, lo que no se ajusta a la normatividad civil. Don Andrés Bello fue armónico en el señalamiento de la demanda alternativa por incumplimiento, siempre a favor del contratante cumpliente que se remonta al proyecto del Código Civil chileno de 1853, cuando introdujo el equivalente al artículo 1546 con el siguiente texto: «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución, o si no fuere posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios». Para luego dejar en su redacción, el actual, «[...] en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios». Algo más: no solo es en la norma en cita donde se plasma el pensamiento del autor del articulado civil sino que en el artículo 1930 se puede reiterar la voluntad de la ley en este aspecto cuando dispone que «si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios». O bien del contenido del artículo 1882 cuando al fijar el momento y el lugar en que el vendedor debe cumplir su obligación de entrega deja abierta la vía para que el comprador pueda a su arbitrio o perseverar en el contrato o desistir de él, en ambos casos con perjuicios, siempre que el comprador haya pagado o esté pronto a pagar el precio íntegro o el estipulado a plazo.

[20] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 2 de noviembre de 1964, "G. J.", t. cvii, pág. 372.

"[...] 9) Es decir, el Código Civil es afirmativo y contundente en ubicar el fenómeno de la resolubilidad o del cumplimiento del contrato en cabeza de la parte que ha estado puntual para atender las prestaciones a su cargo. Y en este aspecto, como en otros, se acercó al Código napoleónico de 1804, que en el artículo 1184 (dice): «La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a cuyo respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la acción de forzar a la otra la ejecución de la convención cuando es posible, o pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede ser acordado al demandado un plazo según la circunstancias».

"Se cierra, por lo tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea. En cambio, si un contratante no atiende su compromiso se resiente el otro que sí lo ha hecho. Para salvar, entonces, ese obstáculo negocial deviene la resolución o la exigencia del cumplimiento, con perjuicios"[21].

Y luego reafirmó dicha doctrina, al reiterar: "En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita la de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien esa facultad ejercita, habida cuenta que como lo ha advertido la Corte muchas veces («G. J.», t. CL, pág. 87) el contenido literal de aquel precepto basta para poner de manifiesto que el contratante culpable, utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones contraídas. Lo natural es entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra a su vez en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, ello por cuanto ante una eventualidad con estas características y tratándose, desde luego, de obligaciones recíprocas de simultánea ejecución, existe justificación clara para el deudor demandado que se resiste a realizar las prestaciones a su cargo, sentándose así un criterio general que, por

[21] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent, de 16 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, págs. 132-133.

cierto, deriva de una arraigada tradición doctrinaria en el país, de suyo orientada a evitar que la acción resolutoria pueda llegar a convertirse en un medio puesto en manos de maliciosos incumplidores para sustraerse con ventaja al vigor normativo que a los contratos válidamente celebrados les es consustancial, y de conformidad con el cual esta corporación tiene dicho que «[...] en caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para la cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil [...]», lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa. Habiendo cumplido escrupulosamente con sus deberes, al paso que sea la otra quien de modo a ella imputable no haya hecho lo propio, de donde se sigue que «[...] el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento del actor y del incumplimiento en el demandado u opositor [...]» («G. J.», t. CLIX, págs. 309 y ss.)"[22].

De manera que, sin desfallecimiento alguno, salvo las anotadas excepciones, la jurisprudencia nacional ha sostenido con apoyo en la ley que la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil no puede ser ejercida sino por el contratante que ha cumplido debidamente sus prestaciones o se ha allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, clausurando así la posibilidad que, bajo la figura del mutuo disenso tácito, se puede otorgar a cualquiera de los contratantes, desde luego recíproca y mutuamente incumplidos, puedan recurrir a dicho precepto para obtener la resolución del contrato, aunque sea desprovisto de indemnización de perjuicios, pues en el mismo precitado fallo de 5 de noviembre de 1979 se concluyó:

"[...] 16) Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos

[22] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1993, "G. J.", t. CCXXV, núm. 2464, pág. 707, exp. 4022.

indispensables para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesta a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde".

Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfanamente previstos en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.

"El precepto contentivo de la acción resolutoria (art. 1546 del Código Civil) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal, aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que «en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil»".

C) *Mutuo incumplimiento de los contratantes o mutuo disenso tácito*

La tesis del mutuo disenso tácito, derivada del mutuo incumplimiento de los contratantes en los contratos bilaterales, representa una fórmula de creación de la jurisprudencia, apoyada, en esencia, en el contenido del artículo 1602 del Código Civil, ideada para remediar la situación de hecho creada por el mutuo incumplimiento de los contratantes a la satisfacción oportuna y debida de las prestaciones a su cargo, en especial de aquellas que debían cumplirse de manera simultánea o coetánea, en particular respecto de contratantes comprobadamente renuentes a cumplir con sus obligaciones, tema de mucha controversia y de difícil solución, sobre todo frente de la férrea posición de la jurisprudencia, que solo le otorga al contratante cumplido o que ha estado dispuesto

a cumplir sus prestaciones el ejercicio válido de la acción resolutoria al amparo del artículo 1546 del Código Civil, según hemos expuesto.

Así las cosas, mediante sentencia de 29 de noviembre de 1978, la Corte Suprema de Justicia sustituyó el criterio hasta entonces vigente, pues ante un caso de recíproco incumplimiento de prestaciones que debían satisfacerse de manera simultánea, concluyó:

"[...] Tres casos deben considerarse:

"El demandante ofreció el pago al demandado y estuvo listo a hacerlo en la oportunidad y forma debidas, pero el demandado no hizo ni lo uno ni lo otro. La excepción, como es obvio, no tiene cabida por parte del demandado.

"El demandante no ofreció el pago ni estuvo listo a hacerlo en la forma y tiempo debidos, en tanto que el demandado sí hizo ambas cosas. Indudablemente aquí también tiene cabida la excepción de contrato no cumplido.

"Ni el demandante ni el demandado ofrecieron el pago, ni estuvieron listos a hacerlo. No concurrieron a pagarse mutuamente, dando y dando, por motivos distintos del incumplimiento del otro, no constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. El demandado no puede entonces proponer legítimamente la excepción de contrato no cumplido, comoquiera que su incumplimiento no encuentra justificación. En este evento cabría la tesis del mutuo disenso.

"El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que pueden presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista por el articulo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el demandante, o en que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de este, solo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció, simplemente porque ni el uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso en que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allane a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.

”No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a «desaparecer» por virtud de la resolución impetrada y, con él las obligaciones que generó, en el segundo va a «sobrevivir» con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por este.

”De todo lo expuesto conclúyese: a) en los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben ejecutarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacérsele previamente solo puede demandar el cumplimiento del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allanado a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad; b) en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquella tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, más si ninguna de las partes cumplió ni se allanó a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato. Todo lo anterior va sin perjuicio de la tesis del mutuo disenso, que la Corte ha venido sosteniendo”.

Sin embargo, en el año siguiente y en virtud del memorado fallo de 5 de noviembre de 1979, la Corte Suprema de Justicia retomó la doctrina tradicional y en el punto expresó:

“Entonces, en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, vale decir, al mismo tiempo, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presta a cumplir en la forma y tiempo debidos y, la otra no, aquella tiene a su arbitrio la acción de cumplimiento o la de resolución. Pero si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones. Por tanto se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás citada que cuando ninguno de los contratantes cumplía, cualquiera de ellos podía demandar la resolución. Se insiste que esta hipótesis, o sea, cuando ni la ley ni la convención bilateral señalan orden de ejecución, o

en otros términos, cuando las obligaciones recíprocas deben ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguna tiene la acción de resolución o la de cumplimiento".

Pero ante la situación de hecho creada por el mutuo incumplimiento de prestaciones que debían satisfacerse simultáneamente, se volvió a la fórmula de solución del mutuo disenso tácito, cuando se dijo:

"Entonces, cabe preguntar ¿cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetánea o simultáneamente y así no sucedió?

"Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil, «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legales». Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

"[...] La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de [*sic*] la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda sí requiere de [*sic*] decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones solo puede considerarse y, por ende, traducirse, como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual.

"En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, solo es indicativo de disentimiento mutuo del contrato.

"[...] 7) Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por

ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado [*sic*] al negocio; la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración".

Y más recientemente señaló sobre el particular la misma Corte Suprema de Justicia: "En este orden de ideas y de configurarse a cabalidad [*sic*] el supuesto de hecho en que ninguno de los contratantes cumple sin tener al propio tiempo la debida justificación, forzoso es descartar el derecho legal de resolución que cualquiera de ellos pretenda invocar con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, pero es necesario asimismo, hacer ver, como en la especie en estudio lo pregona el recurrente en casación, que por obra de aquella circunstancia no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometido en consecuencia «[...] a la indefinida expectativa de que —en algún tiempo— pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través [*sic*] de la prescripción [...]» («G. J.», t. CLXVIII, pág. 246).

"A la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso o «distracto contractual», que la doctrina científica de inspiración francesa acostumbra denominar «resiliación», refiriéndose así, con vista sin duda alguna en los textos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, a la prerrogativa de la que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efecto, resultado este que como se sabe, puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido —caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso— o bien en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anonadar su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito; se trata, pues, de una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada gama de circunstancias que pueden dar lugar a la extinción sobreviviente de relaciones jurídicas de fuente contractual dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución del artículo 1546 del Código Civil, toda vez que: en tanto esta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir, por una casa legal, en la hipótesis del mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en

la voluntad coincidente de las partes interesadas, expresada ella en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo expreso o tácito en el sentido de consentir la disolución que de semejante estado de cosas se desprende, es decir, emergente de una auténtica convención extintiva con contenido negativo y por lo mismo contraria al del contrato desatendido, convención que al tenor de cuanto se dejó apuntado líneas atrás, puede hacerse explícita o venir determinada por la actitud displicente de los contratantes frente al cumplimiento de sus respectivas obligaciones y rotunda por lo tanto en poner de presente, valga reiterarlo, el querer explícito y recíproco de ellos enderezado a no impedir la frustración definitiva de dicho contrato"[23], criterio reiterado, entre otros fallos, en el de 7 de marzo de 2000 (exp. 5319).

De suerte que si bien la jurisprudencia ha concluido que aunque el mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico, ha puntualizado, empero, que "[...] ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere de la intervención del juez, a falta de una fórmula especial"[24].

Sin embargo, la jurisprudencia se ha cuidado también de advertir que a dicho modo de disolución contractual no se puede llegar sino cuando en el proceso respectivo obra la prueba contundente respecto de los hechos que inequívocamente demuestren la voluntad de las partes de aniquilar el contrato inicialmente celebrado, porque así también lo ha puesto de manifiesto al exigir que "[...] los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato [...] («G. J.», t. CLVIII, pág. 317) o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las

[23] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1993, "G. J.", t. XXCCV, núm. 2464, pág. 707, exp. 4022.

[24] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 de julio de 1985, "G. J.", t. CLXXX, núm. 2419, pág. 130.

partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de «desistencia» que constituye su sustancia [...]"[25].

Desde luego que, de conformidad con la línea de pensamiento que hemos expuesto, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que en los casos de disolución o resolución de contratos bilaterales por mutuo disenso tácito, la declaración judicial no puede referirse más que al desistimiento del acto jurídico primigenio "[...] sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (C. C., art. 1615) y en el supuesto de incumplimiento recíproco [...], esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 *ibidem*"[26].

3. Excepción de contrato no cumplido

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha reconocido, en el tratamiento de la acción resolutoria, la excepción de contrato no cumplido que consagra el artículo 1609 del Código Civil, teniendo en cuenta para ello las nociones de *exigibilidad* y mora, como a continuación se reseña.

En fallo de 2 de febrero de 1940[27], la Corte Suprema de Justicia, expresó a propósito de la mencionada excepción:

"Del principio fundamental sobre fuerza obligatoria de los contratos —ha dicho la Sala— consagrado en el artículo 1602 de nuestro Código Civil, se deriva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas jurídicas que son aplicables, unas, a todos los contratos, y otras, a los contratos sinalagmáticos únicamente.

"Las reglas aplicables a todos los contratos son estas:

"a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su

[25] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1993, "G. J.", núm. 2464, exp. 4022.

[26] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 marzo 2000, exp. núm. 5319.

[27] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 1940, "G. J.", t. XLIX, pág. 49.

utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de la convención. b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de esta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio recíproco de las partes.

"Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos —tendientes todos ellos a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral— se explican por la noción de causa de las obligaciones y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de estos contratos sinalagmáticos.

"Son tres estas reglas:

"a) Las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas *simultáneamente,* a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello. De tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes el otro. b) Si uno de los contratantes rehúsa o descuida ejecutar su obligación el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de este, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de esta. c) Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C. C., texto este que, por una imperfecta adopción del principio *res perit domino,* contraría la regla de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos.

"La primera de las indicadas reglas tiene una aplicación fundamental en la llamada *exceptio non adimpleti contractus,* creada por los canonistas; consagrada sin necesidad de texto expreso, por la doctrina francesa contemporánea, reconocida, de manera expresa, por el artículo 1609 de nuestro C. C.; y reglamentada muy técnicamente por los códigos más modernos, como el alemán (arts. 320 y 322) y el suizo de la obligaciones.

"Mediante la *exceptio non adimpleti contractus* cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esta suerte a obtener que la convención se ejecute *dando y dando*.

"Pero como no sería una solución satisfactoria la de dejar indefinidamente en una situación de incertidumbre sobre las intenciones

de la otra parte al contratante listo a ejecutar —que se vería expuesto así al peligro de que un día cualquiera se le exigiera sorpresivamente la ejecución prometida— había que reconocer en su favor el derecho de poder obtener la liquidación de esta situación en una forma que le devolviera su libertad.

"«Para atender a esa necesidad, a esa exigencia de la moral y de la justicia, el derecho canónico —sobre la base de la regla formulada por sus moralistas: *non servati fidem, non est fides servanda*— creó la teoría de la resolución del contrato con características distintas a [*sic*] las del pacto comisorio romano, como que, según lo asienta RIPERT, aquella no es otra cosa que la consagración de una regla moral que atempere el rigor de los principios del derecho romano y que constituye una aplicación de la ley de las partes sino *un echec au contract*. Introducida más tarde al derecho civil la resolución como una aplicación de la teoría de la causa, según CAPITANT, PLANIOL y RIPERT y otros autores; o como una manifestación del principio de la equivalencia de las prestaciones, según MAURY; o como una repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según JOSSERAND, hoy se encuentra consagrada en todos los códigos, aunque en algunos como el francés y el colombiano, en una forma que en sentir de la mayor parte [*sic*] de los tratadistas contemporáneos (RIPERT, EISMEIN, CAPITANT) es muy poco técnica, porque se presenta allí como un pacto comisorio tácito cuando en realidad es una regla de equidad, que reposa sobre una idea moral, y que se impone a las partes sin que ellas puedan renunciar a su aplicación por anticipado".

"«Así —mediante las dos instituciones explicadas: *exceptio non adimpleti contractus* y la acción resolutoria— se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tiene el principio de la buena fe, la noción de causa y la de los móviles determinantes del acto jurídico.

"»De esa manera, cuando un contratante no ejecuta su obligación el otro no se encuentra ante el dilema de demandar la resolución o emplear las vías judiciales de ejecución forzada. Tiene un tercer camino: rehusar provisionalmente la ejecución hasta el día en que la otra parte ejecute su obligación, o, en otras palabras, no ejecutar sino *dando y dando*. Asímismo, el contratante que se protege con la *exceptio non adimpleti contractus* no se coloca en el peligro de permanecer indefinidamente

en una situación de incertidumbre. Para ponerle término a esta, puede, cuando el cocontratante esté en mora, demandar la resolución, o sea la declaración judicial en virtud de la cual queda relevado de su compromiso por razón de la inejecución del compromiso del cocontratante» («G. J.», t. XLIII, págs. 342 y 343)".

Más tarde, en 1949[28], la Corte Suprema de Justicia volvió a referirse al tema de la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*), para reiterar el criterio expuesto precedentemente, cuando a vuelta de refutar una conclusión diferente, señaló:

"[...] Es bueno comenzar advirtiendo que no es exacto que los tratadistas chilenos que cita la sentencia como argumento decisivo de su conclusión conceptúen perentoriamente en el sentido que les achaca el Tribunal sobre procedencia de la acción resolutoria de los contratos bilaterales en el caso de que ambos contratantes sean negligentes en el cumplimiento de sus recíprocas prestaciones, como puede verse no solo leyendo la cita de la sentencia (*Curso de derecho civil*, t. III, núm. 113, pág. 76) sobre condición resolutoria tácita, sino el concepto sobre la excepción de contrato no cumplido visible a la página 170, número 275, del tomo citado. Acerca de esta cuestión, no prevista ni especialmente reglada en ninguna disposición legal, esta Sala de Casación Civil ha adoptado jurisprudencialmente y en forma reiterada la solución contraria a la que trae la sentencia, con aplicación de los principios de doctrina jurídica sobre el efecto de las obligaciones, o con más propiedad, sobre el efecto de los contratos. A la página 70 del tomo LV de la G. J., se lee sobre el particular:

"»En sentencia de esta Sala, de fecha 29 de febrero de 1936 («G. J.», t. XLIII, págs. 342 y 343) se estudiaron y expusieron las reglas jurídicas conforme a las cuales deben cumplir sus prestaciones los obligados por contratos bilaterales, tendentes todas, dentro de la norma fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del C. C., a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral. Allí están expuestos el origen, la naturaleza, alcance y funcionamiento de la llamada *exceptio non adimpleti contractus*».

"La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la

[28] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 22 agosto 1989, "G. J.", t. LXVII, pág. 123.

acción alternativa del artículo 1546 del C. C. y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 *ibidem;* pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratantes diligente, la niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe, que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (art. 1546, inc. 2º) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de ese cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan con las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponían o que esté pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso, en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del C. C., que traduce en fórmula positiva el aforismo de que «la mora purga la mora». En el caso de que todas partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del C. C., situación esta de involuntaria y estéril anormalidad contractual, que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga términos a las indicadas acciones".

Para precisar más adelante:

"Cuando la Corte ha dicho que las excepciones de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente son distintas del derecho legal de resolver un contrato, no ha querido significar en manera alguna que tales medios defensivos no operen o procedan ante la demanda de resolución, sino meramente ante la de cumplimiento, como parece entenderlo el Tribunal. Tal idea se expresó para hacer referencia a la naturaleza simplemente transitoria que corresponde a las aludidas excepciones;

por eso a renglón seguido del en que el Tribunal detuvo su copia sin comillas de la sentencia de esta sala del 23 de septiembre de 1938 («G. J.», t. 47, pág. 243) se dijo: «Ambas excepciones se encaminan a suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario. Así, la parte demandada no quiere con ellas la resolución del contrato sino, al contrario, su mantenimiento para su ejecución recíproca y completa [...]». Que es lo mismo que luego se repitió en 1943 («G. J.», t. LV, pág. 70) cuando se explicó: «La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda, sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales, como lo anotan Ennecerus y von Tuhr. Equivale, por su estructuración y funcionamiento, a la excepción de petición antes de tiempo [...]»".

Sin embargo, en sentencia de casación civil de 29 de noviembre de 1978[29], algunos de cuyos pasajes ya se transcribieron al abordar el tema del mutuo disenso, pero que son necesarios volver a reproducir para comprender cabalmente la figura jurídica de la cual aquí se trata, la Corte Suprema de Justicia ensayó una nueva concepción sobre el tema de la excepción de contrato no cumplido, para cuyo efecto formuló la siguiente presentación:

"1) Se sostiene pues en la censura que [...] no cumplió por su parte la obligación de obtener y presentar un presupuesto de la obra que contuviera la declaración del contratista a que la cláusula séptima del contrato se refiere, y se intenta fundar en ese pretendido incumplimiento la *exceptio non adimpleti contractus,* prevista por el artículo 1609 del Código Civil.

"Tal planteamiento hace indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: ¿es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que estas y las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la *exceptio* no es procedente?

"2) El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el

[29] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 30 noviembre 1978, "G. J.", t. LXVII, núm. 2399, pág. 123.

contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

"Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

"La doctrina enseña que hay responsabilidad contractual siempre que cualquiera de las partes incurra, por su culpa (la que se presume), en inejecución o falta de pago de alguna de las obligaciones que contrajo, y esta inejecución haya causado perjuicio al acreedor. La acción de responsabilidad, así concebida, no se desaparece ni se enerva porque la otra parte contratante haya incurrido, por su culpa, en falta de pago determinante del perjuicio. Las mutuas responsabilidades de las partes en los contratos bilaterales no son incompatibles, ni se excluyen entre sí: cada contratante está obligado a indemnizar al otro, si culpablemente no ha pagado, en la cuantía del daño que este haya sufrido, no obstante que él también tenga derecho a ser indemnizado por el otro y sin perjuicio de que haya compensación total o parcial de las recíprocas indemnizaciones.

"Solo que la demanda de resarcimiento de perjuicios, y por lo tanto la de resolución o la de cumplimiento, que contienen pretensiones a las cuales puede acumularse siempre la de responsabilidad contractual, únicamente tiene eficacia si el demandado fue constituido en mora, según lo prescribe terminantemente el artículo 1615 del Código Civil. Y para ello es necesario que se cumplan, no apenas las reglas del artículo 1608, que gobierna la constitución en mora desde un punto de vista unilateral, sino también las del 1609, que prevé la mora por su aspecto bilateral. El deudor demandado no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor —salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil—, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

"El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultad. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar.

"[...] Varias hipótesis pueden presentarse:

”Primera. El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

”Segunda. El demandante no cumplió si se allanó a cumplir, «porque» el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.

”Tercera. El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, «porque» el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

”Cuarta. Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir, que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, «dando y dando».

”[...] Tres casos deben considerarse:

”El demandante ofreció el pago al demandado y estuvo listo a hacerlo en la oportunidad y forma debidas, pero el demandado no hizo ni lo uno ni lo otro. La excepción, como es obvio, no tiene cabida por parte del demandado;

”El demandante no ofreció el pago ni estuvo listo a hacerlo en la forma y tiempo debidos, en tanto que el demandado sí hizo ambas cosas. Indudablemente aquí también tiene cabida la excepción de contrato no cumplido;

”Ni el demandante ni el demandado ofrecieron el pago, ni estuvieron listos a hacerlo. No concurrieron a pagarse mutuamente, dando y dando, por motivos distintos del incumplimiento del otro, no constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. El demandado no puede entonces proponer legítimamente la excepción de contrato no cumplido, comoquiera que su incumplimiento no encuentra justificación. En este evento cabría la tesis del mutuo disenso.

”El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que pueden presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista por el articulo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones

antes que el demandante, o en que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de este, solo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció, simplemente porque ni el uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso en que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allane a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.

"No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a «desaparecer» por virtud de la resolución impetrada y, con él las obligaciones que generó, en el segundo va a «sobrevivir» con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad [*sic*] por este.

"De todo lo expuesto conclúyese: a) en los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben ejecutarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacérsele previamente solo puede demandar el cumplimiento del contrato si el cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allanado a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad; b) en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquella tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, mas si ninguna de las partes cumplió ni se allanó a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato. Todo lo anterior va sin perjuicio de la tesis del mutuo disenso, que la Corte ha venido sosteniendo".

Empero, la Corte Suprema de Justicia, en casación civil de 5 de noviembre del 1979[30], revaluó rápidamente la tesis anterior, que como

[30] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 10 de mayo de 1979, "G. J.", t. CLX, págs. 306 y ss.

puede verse, les otorgaba a los contratantes mutua y recíprocamente incumplidos la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, para acoger de nuevo el criterio tradicional de que tal acción no puede ser ejercida sino por el contratante cumplido, pues tras un extenso estudio sobre los antecedentes históricos de la acción resolutoria y sobre el sentido y alcance del actual artículo 1546 del Código Civil, ya previamente consignado en este documento, señaló frontalmente:

"Entonces, en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, vale decir, al mismo tiempo, si una de las partes cumple lo acordado o ha estado presta a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquella tiene a su arbitrio la acción de cumplimiento o de resolución. Si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones. Por tanto, se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás citada [29 de noviembre de 1978] que cuando ninguno de los contratantes cumplía, cualquiera de ellos podía demandar la resolución. Se insiste que esta hipótesis, o sea, cuando ni la ley ni la convención bilateral señalan orden de ejecución, o en otros términos, cuando las obligaciones recíprocas deben ejecutarse simultáneamente, si ambos contratantes incumplen, ninguna tiene la acción de resolución o la de cumplimiento".

A cuya precisión, siguió esta solución:

"[...] 17. Entonces, cabe preguntar ¿cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetánea y simultáneamente y así no sucedió?

"Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

"La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan «mutuo disenso», «resciliación» o «distracto contractual», es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre

ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que «toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula».

"18) La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de [*sic*] la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio la segunda sí requiere de [*sic*] decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones solo puede considerarse y, por ende, traducirse, como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual.

"En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tozuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, solo es indicativo de disentimiento mutuo del contrato.

"Precisamente, la doctrina de la Corte, al considerar que el incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes con sus obligaciones, trae como consecuencia la disolución por mutuo disenso tácito, sentó como fundamento el hecho de que «las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta; de ahí, por lo que es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de la desistencia tácita» (casación civil de 23 de septiembre de 1974, CXLVIII, 246).

"19) Regresando a lo preceptuado por el artículo 1602 del Código Civil, se tiene que todo contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de lo cual se desprende que los contratos pueden disolverse de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por los motivos previstos en la ley.

”Vista la primera forma, o sea, por acuerdo de las partes o mutuo disenso, la segunda, vale decir, por causas legales, se da por ejemplo, cuando ocurre alguna de aquellas eventualidades que establece la ley como fenómenos de disolución del contrato, entre los cuales está la resolución. Esta se produce ante el cumplimiento de la condición resolutoria tácita que se encuentra implícita en los contratos bilaterales, esto es, cuando uno de los contratantes no cumple con lo pactado.

”Entonces, según lo que se acaba de expresar, no se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. [...] la primera se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (C. C., art. 1546) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (C. C., art. 1602).

”[...] De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inejecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones a su cargo y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto. Por demás, la resolución originada en la condición resolutoria tácita la regula el artículo 1546 del Código Civil y el mutuo disenso el artículo 1602 *ibidem.*

”20. Ahora bien, no siempre que ocurra el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución del contrato por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa de desistimiento de la convención, lo cual no se da cuando una de las partes, a pesar del incumplimiento original de una de sus obligaciones, continúa ejecutando oportunamente las demás, en la medida en que se vuelvan exigibles, y la parte contraria acepta tal ejecución”.

Pero mediante fallo de casación de 7 de diciembre de 1982[31], la Corte Suprema de Justicia, a vuelta de reseñar el tratamiento *jurisprudencial* dispensado hasta ese entonces al tema de la resolución de los contratos por mutuo incumplimiento y los novedosos efectos derivados del ejercicio —de parte de uno de ellos— de la excepción de contrato no cumplido, bajo los términos del artículo 1609 del Código Civil,

[31] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 29 de agosto de 1982, “G. J.”, t. CLXV, págs. 343 a 345.

ensaya una nueva interpretación de dicho texto, para lo cual presenta la tesis que a continuación se reproduce:

Díjose allí:

"El mutuo incumplimiento de los contratantes y la excepción de contrato no cumplido.

"En sentencia de 7 de diciembre de 1897, publicada en la *Gaceta Judicial,* tomo XIII, número 649, páginas 198 a 200, la Corte por primera vez interpretó y aplicó el artículo 1609. Luego de transcribir la citada norma expresó: «de modo, pues, que la resolución de los contratos bilaterales, por falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, solo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones». Interpretación que con el transcurso del tiempo vino afianzándose y se concretó en el apotegma: «El que no ha cumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni el cumplimiento. Tal interpretación de la Corte del artículo 1609 fue repetida en muchedumbre de sentencias».

"Consecuencias jurídicas de la interpretación tradicional. Sea lo primero establecer las consecuencias que se desprenden de la interpretación jurisprudencial.

"a) Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito. Es ínsito de la calidad de acreedor poder perseguir al deudor a través [*sic*] de las acciones.

"b) Como se supone, según la interpretación cuestionada, que el acreedor que sí ha cumplido tiene todas las acciones a su alcance, en particular las alternativas del artículo 1546 del Código Civil, fuerza es concluir que el incumplimiento fue elevado a la categoría de modo de extinción de las obligaciones, o modo de extinción de las acciones, o causal de conversión de la obligación inicialmente civil en obligación natural, que por definición es aquella que carece de acción. Y es lo cierto que el artículo 1625 no consagra el mutuo incumplimiento como modo de extinción de las obligaciones, ni norma alguna le da a ese fenómeno la calidad de extintor de acciones, ni mucho menos de causa para convertir una obligación civil en natural".

Y tras el recuento de la etiología de la jurisprudencia glosada, dijo, después de reproducir el artículo 1609 del Código Civil, que la verdadera interpretación de dicho texto era la siguiente:

"La norma es de una claridad extraordinaria, como producto de la pluma maestra de don ANDRÉS BELLO. Con su simple lectura se encuentra

su verdadero sentido. Que si ambos contratantes están incumplidos, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna el artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir.

"Si ambos han incumplido, ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora produce incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrá predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les puede aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres a saber:

"1. Permite cobrar perjuicios (arts. 1610 y 1615 del Código Civil).

"2. Hace exigible la cláusula penal (arts. 1594 y 1595).

"3. Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviviente respecto de la cosa debida (arts. 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviviente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante. ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del Código Civil, que dice: «Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal [...]» ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena.

"En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente puede pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución

por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada [...].

"Resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento mutuo de ambos contratantes, es, en la práctica una misma cosa, pues ni en una ni en otra institución hay lugar a condena en perjuicios ni a cláusula penal. En el fondo, pues, la Corte no está cambiando su última doctrina que permitía en los supuestos indicados resolver el contrato para evitar el estancamiento del mismo; simplemente a la misma solución se llega, pero con fundamento en normas y principios diferentes [...]".

Además, dada la obligada relación con el tema del mutuo disenso tácito, el fallo en cita expuso sobre la acción resolutoria del artículo 1546 del Código Civil la siguiente interpretación:

"[...] Es importante también hacer una interpretación del artículo citado, por cuanto a primera vista esa norma parece consagrar las acciones alternativas de resolución o ejecución exclusivamente para el contratante que ha cumplido. Ciertamente la norma en comento está regulando el fenómeno del incumplimiento de uno y el cumplimiento del otro. Pero lo que hay que observar es que el artículo 1546 consagra la resolución o ejecución del contrato «con indemnización de perjuicios». Cuando se trata del incumplimiento de ambos contratantes, la norma que debe aplicarse es el artículo 1609, según el cual ninguno está en mora, lo cual implica que de ninguno se puede predicar que deba perjuicios, toda vez que el artículo 1615 establece que «se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora [...]». Como ninguno está en mora, ninguno debe perjuicios. Igual debe predicarse según el artículo 1594 de la cláusula penal.

"Debe además, puntualizarse que la acción de resolución por incumplimiento tiene su fundamento legal en el artículo 1546 y en el 1930 para el caso específico de la compraventa, y que con la interpretación que se viene propiciando del artículo 1609, tal situación no se cambia. Lo que ocurre es que frente a ese artículo 1546, la interpretación tradicional de la excepción de contrato no cumplido enervaba la totalidad de la pretensión, es decir, impedía la resolución o la ejecución, al paso que ahora, con la presente interpretación, esa excepción enerva apenas la pretensión indemnizatoria consecuencial dejando incólume ora la resolución, ora el cumplimiento deprecados. En otras palabras, la interpretación tradicional de la Corte conducía a convertir la de contrato no cumplido en una excepción total, que impedía la prosperidad de

cualquier pretensión; la nueva interpretación precisa que la *exceptio non adimpleti contractus* es apenas parcial, pues dejando viva la acción alternativa de resolución o cumplimiento, impide apenas que se exijan los perjuicios y la cláusula penal, que son las consecuencias naturales y obvias de la mora; interpretación que, se hace hincapié, tiene como fundamento que el legislador expresó en el artículo 1609 glosado que ninguno de los dos contratantes está en mora, luego de ninguno se puede deducir aquello que surge de la mora".

Pero, como ya había sucedido, la Corte Suprema de Justicia prontamente retomó su posición tradicional y en fallo de casación civil de 16 de julio de 1985, reiteró su doctrina tradicional, al resumir:

"[...] el Código Civil es afirmativo y contundente en ubicar el fenómeno de la resolubilidad o del cumplimiento del contrato en cabeza de la parte que ha estado puntual para atender las prestaciones a su cargo. Y, en este aspecto, como en otros, se acercó al Código napoleónico de 1804, que en el artículo 1184 prescribe: «La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso». En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a cuyo respecto el compromiso no se ha ejecutado tiene la acción de forzar a la otra la ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias.

"Se cierra por tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea. En cambio, si un contratante no atiende su compromiso se resiente el otro que sí lo ha hecho. Para salvar, entonces, ese obstáculo negocial deviene la resolución o la exigencia del cumplimiento, con perjuicios.

"Por otro lado, la excepción de contrato no cumplido surge, en un primer momento, como una defensa indescartable e indiscutible en el campo de aspiración de la ejecución plena de un negocio. De ahí que se diga que en los contratos bilaterales ninguna de las partes esté en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo. Sostener que el artículo 1609 hace posible que el artículo 1546 adquiera aplicación para las situaciones de incumplimiento correlativo es cuestión diferente. Una cosa es que ante la no concurrencia de la mora no se pueda reclamar más allá de lo que se obtiene de las conductas antijurídicas recíprocas y otra la de afirmar que se pueda destruir el vínculo jurídico o exigir el cumplimiento, sin perjuicios, que

se excluyen por razones de la misma convergente mora, puesto que el interés de la prestación, propia del acreedor, no encuentra respuesta positiva por las desatenciones mutuas. En otras palabras, no sirve el artículo 1609 de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que, como ya se dijo y con apoyo en el artículo 1546, solo se refiere al contratante cumpliente frente al incumplidor, salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas, en los que se establece un orden de ejecución de prestaciones para cumplirse en los términos convenidos, en cuya fuente el que contrae un previo compromiso y no lo atiende concede al otro la oportunidad para imponer la resolución, si lo prefiere o defenderse ante las pretensiones de aquel, con los instrumentos concedidos en el artículo 1609 o exigir el cumplimiento del contrato. Y tiene que ser así si se entiende que cuando se crea un vínculo jurídico es para comprometer prestaciones y para que se obtengan satisfacciones patrimoniales, de acuerdo a [*sic*] la voluntad expresada".

4. Evolución reciente

El tratamiento jurisprudencial del incumplimiento contractual, como resultado de la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, no ha sufrido modificación significativa alguna, en particular en el controvertido ámbito de las obligaciones recíproca y simultáneamente incumplidas, pues no pudiéndose situar la controversia bajo la normativa contenida en el artículo 1546 del Código Civil, se ha recurrido —como remedio para aniquilar el contrato— al mutuo disenso previsto en los artículos 1602 y 1625 del mismo Código Civil, pero desprovisto de condena alguna respecto de los perjuicios derivados de la mora para la parte que, sin embargo de su recíproco y simultáneo incumplimiento, solicita la resolución del contrato.

Así se deduce, por ejemplo, del contenido de la sentencia sustitutiva, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[32], cuando al abordar un asunto con contornos similares al del recíproco incumplimiento de obligaciones que los dos contratantes debían satisfacer simultáneamente, se expuso:

"[...] 2.2. Como pretensión principal, la demandante solicitó la resolución del contrato base de la acción por el incumplimiento que le

[32] C. S. de J., sent. 14 de diciembre de 2010, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, exp. 05266-31-03-001-2004-00172-01.

imputó a la prometiente compradora, campo en el que se impone elucidar si los supuestos de tal acción hacen presencia en el *sub iudice*. Para estos efectos es pertinente memorar que en la órbita de los contratos sinalagmáticos, el buen suceso de la expresada súplica, derivada del artículo 1546 del Código Civil, exige, además de la presencia de un contrato bilateral válido, que el actor hubiese guardado fidelidad a sus obligaciones, esto es, cumplido o procurado cumplir los compromisos que del respectivo negocio jurídico dimanan para él, al tiempo que es menester que la otra parte, por el contrario, no hubiese atendido los deberes de prestación establecidos a su cargo.

"En razón de lo anterior, la Corte tiene dicho que «[...] el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor [...]» («G. J.», t. CLIX, págs. 309 y ss.).

"2.2.1. Explorado el contenido de la convención preparatoria fuente de este debate, se advierte que para el otorgamiento de la escritura pública que perfeccionaría la compraventa prometida, sus celebrantes fijaron la Notaría Primera de Neiva y acordaron que concurrirían a ella en las horas de la mañana del día 22 de marzo de 1986.

"Teniendo en la mira la estipulación que se deja comentada, propio es destacar que con la demanda se adosó soporte documental que pone de relieve que ambas contratantes concurrieron a la citada notaría en la fecha señalada y que, pese a su comparecencia, no otorgaron la escritura pública que daría lugar a la enajenación del inmueble, resultado este que fuerza a establecer el motivo de ese singular comportamiento, en orden a definir la viabilidad de la resolución impetrada.

"Al respecto, milita en autos copia de la escritura pública 763 de 22 de marzo de 1986 de la Notaría Primera de Neiva, en la cual se hizo constar la comparecencia de la prometiente vendedora, aquí demandante, quien expuso que «[...] no puede hacer la escritura de venta prometida, en primer lugar porque de conformidad con la cláusula quinta de la promesa de venta (la prometiente compradora) no presentó en la notaría el certificado de paz y salvo municipal sobre los impuestos del inmueble ni entregó a la suscrita con la debida anticipación el recibo de pago expedido por la Tesorería de Campoalegre sobre los impuestos pagados por dicho lote, con el fin de haber reclamado el paz y salvo

respectivo. En segundo lugar no puede hacerse la escritura de venta prometida porque hizo uso de la cláusula penal, la cual le faculta para retractarse como en efecto lo hizo, de lo cual le informó por escrito a la prometiente compradora y con base en ello procedió a hacer escritura de venta del mismo bien a otra persona» (fls. 24 y 24 vto., cdno. 1).

"2.2.2. Examinado el segundo de los motivos aducidos por la (prometiente vendedora) para abstenerse de otorgar la escritura pública de venta a la prometiente compradora, relativo a que, con apoyo en lo estipulado en el señalado acto preparatorio, comunicó a la (prometiente compradora) su decisión de «retractarse» del contrato, por lo que vendió el bien raíz a un tercero, surge como cuestión evidente que, pese a que la prometiente vendedora hizo presencia en la fecha y en el lugar que se habían convenido para la ejecución del indicado compromiso, es lo cierto que su verdadera y manifestada intención no era, precisamente, la de transferir el dominio del bien a la otra contratante, toda vez que alegaba la existencia de una causa que la justificaba para «no hacer la escritura de venta prometida», como en esos precisos términos lo expuso en el numeral segundo de la aludida escritura pública, y, adicionalmente, lo afirmó en el libelo introductorio de este proceso.

"Es decir, no habiéndose cumplido la obligación de hacer derivada de la promesa de contrato celebrada entre las partes —el perfeccionamiento del contrato prometido—, es menester determinar si la prometiente vendedora se encontraba allanada a cumplir con sus compromisos contractuales, frente a lo cual es claro que la citada contratante, a pesar de asistir a la notaría en la oportunidad convenida, no manifestó su disposición de «conformarse, avenirse [o] acceder a algo» (*Diccionario de la lengua española*) —allanarse a la celebración del contrato prometido—, pues explícitamente indicó lo contrario, que se había retractado con base en la facultad que le confería la «cláusula penal pactada» y que, por tanto, no otorgaría la escritura pública correspondiente. De modo que es cierto que la prometiente vendedora no incumplió el contrato de promesa por haberle vendido el bien a un tercero de manera previa a la fecha de celebración de la compraventa prometida y tampoco puede materializarse desatención de dicha parte contractual en relación con la obtención de los paz y salvos fiscales que permitirían el otorgamiento del instrumento público de marras. Lo que la Corte concluye en sede de instancia es que la prometiente vendedora, sin estar en situación de incumplimiento contractual, no podía entenderse allanada a cumplir el contrato por causa de sus propias manifestaciones, y, en particular, por la potísima razón de que al haberse retractado de la celebración

del contrato prometido, como adelante se verá, ninguna obligación surgida del acuerdo preparatorio podía considerarse subsistente para la fecha en la que las partes convinieron que se celebraría la compraventa respectiva.

”2.2.3. Siendo así las cosas, pertinente es concluir, sin que para ello sea necesario estudiar la disciplina de cumplimiento contractual de la prometiente compradora, que la circunstancia primeramente analizada descarta la prosperidad de la acción resolutoria gobernada por el artículo 1546 del Código Civil.

”Es que para acceder a una declaración de ese linaje es indispensable que la formule «el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, [...] cuando la otra parte no ha cumplido con las suyas» (cas. civ., sent. de 12 agosto 1974, “G. J.”, t. CXLVIII, pág. 202).

”2.3. El fracaso de la resolución por incumplimiento materia de la pretensión principal habilita el estudio de la primera súplica subsidiaria, atinente, como ya se anticipó, a que el contrato objeto del proceso se declare «*resuelto por mutuo disenso, ante el incumplimiento de la parte demandada y la voluntad de no perseverar de la parte actora*» (fl. 41, cdno. 1).

”2.3.1. Es evidente que la interpretación literal o exegética de dicha reclamación, en tanto que apunta a que se disponga la resolución «por mutuo disenso» del contrato de promesa de compraventa materia del litigio, ubica dicho pedimento en el instituto de ese mismo nombre desarrollado jurisprudencialmente, en torno del cual la Sala ha sostenido que «[a]sí como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley» (se subraya).

”Más adelante, agregó que «[l]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan ‘mutuo disenso’, ‘resciliación’ o ‘distracto contractual’, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y

desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que «[...] toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula [...]» (cas. civ., sent. de 5 noviembre 1979, "G. J.", t. CLIX, pág. 306; se subraya. En similar sentido, fallos de 16 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, pág. 125; 7 junio 1989, "G. J.", t. CXCVI, pág. 162; 1º diciembre 1993, "G. J.", t. CCXXV, pág. 707; 15 septiembre 1998, "G. J.", t. CCLV, pág. 588 y 12 febrero 2007, exp. 00492-01).

"Y en cuanto a las formas en que el mutuo disenso o distracto contractual adquiere perfil, la Corte tiene dicho que él se estructura por razón de un consentimiento expreso, o por cuenta de un proceder que tácitamente así lo denote. De suyo, que tal forma de terminación contractual puede tener «origen [en] una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido» o «en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anonadar su fuerza obligatoria» (cas. civ., sent. de 1º diciembre 1993, "G. J.", t. CCXXV, pág. 707).

"2.3.2. Puestas de este modo las cosas, es decir, entendida la primera pretensión subsidiaria como que ella apuntaría a obtener la terminación de la convención en comento como consecuencia del «mutuo disenso» tácito de las partes, se advierte que el acogimiento de una petición de ese linaje requiere el abandono recíproco de las prestaciones que se derivan del respectivo negocio jurídico y, por consiguiente, que la actitud de los contratantes exteriorice que su firme propósito es que lo pactado no perviva o, con otras palabras, que ellos anhelan su desvinculación de las obligaciones surgidas con ocasión del negocio jurídico, el cual, por ende, debe aniquilarse.

"En forma constante ha advertido la Corte que para la prosperidad del mutuo disenso, estructurado con base en los mandatos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, es preciso que «la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de 'desistencia' que constituye su sustancia» (cas. civ., sent. de 7 marzo 2000; se resalta)".

Este criterio se expuso, igualmente, en el fallo proferido en una acción de tutela[33] en la que la promotora de dicha acción reclamaba, ante

[33] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 junio 2010, M. P. William Namén Vargas, exp. 957801.

el fracaso de su gestión encaminada a obtener la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento de su contraparte y, ante las pretensiones de la demanda de reconvención, que perseguía el mismo fin por incumplimiento de la contrademandada, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reiteró:

"a) En las instancias los juzgados accionados se pronunciaron sobre las pretensiones de la demanda y de la reconvención. *En ambas cuestiones, consideraron que, como las partes del contrato habían incumplido sus obligaciones, ninguna de ellas tenía derecho a pedir la resolución del contrato o su cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios*.

"b) Este planteamiento, se ajusta al artículo 1546 del Código Civil, a cuyo tenor, «[e]n los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios», en cuanto, esta acción, que se orienta a obtener la terminación o resolución del contrato con reparación de perjuicios, presupone el cumplimiento o disposición a cumplir de una parte y el incumplimiento o renuencia injustificada de la otra parte, esto es, la legitimación en la causa, interés, habilidad o aptitud jurídica se restringe al contratante cumplido o dispuesto a observar sus prestaciones.

"c) De otro lado, aun cuando esta sala, en algún momento, postuló la posibilidad de solicitar la resolución del contrato en caso de incumplimiento mutuo (en la sent. de 7 diciembre 1982, "G. J.", t. CLXV, págs. 341 y ss., que cita la actora), esta posición posteriormente fue rectificada (ver, por ejemplo, sents. de 16 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, págs. 125 y ss.; 7 junio 1989, "G. J.", t. CXCVI, págs. 162 y ss., y de 1º diciembre 1993, "G. J.", t. CCXXXV, págs. 707 y ss., entre muchas otras), porque según los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, el contratante incumplido no está legitimado para pedir la resolución del contrato por incumplimiento, y de hacerlo, podrá oponer en su contra la excepción de contrato no cumplido.

"Esta última postura fue la adoptada en ambas instancias por los juzgados Primero Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Rionegro, para denegar las pretensiones de ambas partes en el proceso.

"d) Ahora bien, tiene dicho la Sala que «en atención a lo establecido en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en concordancia con el artículo 871 del Código de Comercio, mientras el contrato no

se haya extinguido por las causales legales o por el consentimiento de las partes, los deberes de prestación que del mismo hayan surgido conservan vigencia y exigibilidad, y deben ser ejecutados de buena fe» (sentencia sustitutiva de 18 diciembre 2009, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01).

"Por consiguiente, en línea de principio, en situaciones como las litigiosas, los contratantes podrán perseverar y solicitar el cumplimiento del contrato sin reparación de daños ni perjuicios, desde luego el acto dispositivo conserva eficacia obligatoria mientras no se extinga en legal forma, aunque el contratante incumplido no podrá exigir el simple cumplimiento sin resarcimiento de daños, mientras no cumpla o se allane a cumplir sus obligaciones, es decir, impera el principio de conservación y eficacia obligatoria del contrato, según corresponde a la certidumbre, seriedad y regularidad del tráfico jurídico, tanto cuanto más que el acto dispositivo se celebra para su cumplimiento y obliga a este mientras no termine por las causas legales o por decisión de las partes.

"Empero, es factible como también ha sostenido de antaño esta Sala, que el recíproco incumplimiento constituya una hipótesis de «mutuo disenso tácito», en cuyo caso, tiene la virtud de extinguir las obligaciones contractuales al tenor del inciso primero del artículo 1625 del Código Civil (sent. de 16 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, págs. 125 y ss.), y en tal hipótesis, cualquiera de los contratantes puede acudir a la jurisdicción para solicitar su terminación, o lo que es igual, «la intervención, pues, del juez se impone para declarar lo que las partes de una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración» (*ibidem*), dentro de estas las restituciones correspondientes (sent. de 1º diciembre 1993, "G. J.", t. CCXXXV, págs. 707 y ss.).

"En suma, frente al incumplimiento recíproco, las partes del contrato tienen mecanismos o vías ordinarias para solucionar la problemática, o sea la terminación del contrato por «mutuo disenso» si su comportamiento claro e inequívoco la comporta o, en caso contrario, su cumplimiento, naturalmente, en uno u otro caso, sin resarcimiento de daños".

Sin embargo, en este punto resulta oportuno observar que en la justicia arbitral se ha venido abriendo paso una posición intermedia —si se nos permite la expresión— que subraya una similar adoptada por la Corte Suprema de Justicia[34], en cuanto, a pesar de los incumplimientos

[34] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 16 junio 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp. 7786.

recíprocos y simultáneos de los contratantes, es posible llegar a la resolución del contrato, teniendo en cuenta para ello la gravedad de la desatención contractual que se le pueda imputar a cada uno de ellos, susceptible de medir bajo tres factores, como son, el cronológico (el incumplimiento anterior dará lugar a la resolución), el causal (dará lugar a la resolución por el incumplimiento que sea causa del otro) y el de proporcionalidad (dará lugar a la resolución el incumplimiento con mayor incidencia en la economía del contrato), posición que indiscutiblemente ofrece una solución más adecuada para los valores de la justicia que la pervivencia del contrato, cuando es claro que los dos contratantes han incumplido sus prestaciones en grados que no guardan relación unos con otros, para lo cual ha sentado las siguientes reflexiones:

"Así las cosas, en suma en lo que concierne a este requisito vertebral de la acción resolutoria, es de observar pues que la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, invariablemente lo demandan, justamente por estimarlo insoslayable, de tal suerte que se tiene establecido que ella se tornará procedente en tanto en cuanto [*sic*] quien la solicita, previamente, haya cumplido el deber de prestación a su cargo, o se haya allanado a cumplirlo.

"Queda claro entonces, por simple coherencia comportamental, que es menester que el que invoca la acción en comentario haya previamente cumplido —o allanado a cumplir— y que, por ende, no haya asumido una conducta antijurídica, rayana en el incumplimiento prestacional, y en el quiebre de caros intereses de índole e incidencia negocial. Nada expresa la ley, sin embargo, en punto tocante con el grado de incumplimiento en referencia, o con el alcance cualitativo o cuantitativo del mismo, en cuyo caso, *prima facie,* podría ser de recibo expresar que el referido incumplimiento debe íntegro, vale decir, pleno o si se prefiere total, no siendo admisible ninguna inejecución prestacional.

"Empero, examinando más en detalle el consabido tema, el Tribunal estima que una respuesta tan categórica y apodíctica, no consulta ni la realidad jurídica, ni postulados tales como el de la equidad y el de la razonabilidad, entre otros más, materia de análisis y consideración *in extenso,* muy especialmente en los tiempos que corren, signados por una lectura más justiciera y ecuánime, en el común de los casos desprovista de aproximaciones tan formales o rituales que, a la postre, terminen por sacrificar el fondo, esto es lo sustancial.

"En efecto, no se desconoce que quien con estribo en la acción resolutoria prevista en los artículos 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.,

y normas concordantes, pretende que se resuelva el contrato basado en el incumplimiento de su cocontratante, debe exhibir una conducta acorde con su *petitum,* lo que equivale a pregonar, desde su ángulo prestacional (contrato bilateral), el ceñimiento general a los cánones que gobiernan la relación contractual, específicamente lo atinente al débito radicado en cabeza suya. Mal se haría en proceder a desatar los efectos consustanciales a la resolución, de suyo severos, sin que mediara un equilibrado juicio de valor encaminado a ponderar la conducta debida en función de la conducta finalmente desplegada, como igualmente mal se haría en no desatarlos, *per se,* so pretexto, únicamente, de que hubo incumplimiento por parte del demandante, sin más miramientos, o escrutinios.

"Expresado de otro modo, cuando se habla de cumplimiento o de incumplimiento, no se puede detener el juzgador en su materialización estrictamente formal, o nominal, sino que es necesarios auscultar su real entidad, magnitud, envergadura y extensión, entre otros factores, con propósito de no resquebrar el genuino sentido del artículo 228 de la Carta Política, llamado a sublimar el fondo sobre la forma, y por esa vía, el derecho sustancial.

"De este modo, es posible que en el desenvolvimiento del negocio jurídico se haya verificado un incumplimiento puntual y de paso, de moderada, relativa, escasa o de menor valla, sin que por ello, identificablemente, se puede desconocer la regla; el incumplimiento, como una constante contractual, motivo por el cual no parecería lógico y tampoco equilibrado, amén de razonable, fulminar la improcedencia de la acción resolutoria, so capa de una inejecución de menor entidad, a sabiendas [de] que el incumplimiento se tradujo en la mencionada regla y que, *a contrario sensu,* el incumplimiento, aun cuando formal y ontológicamente existente, no fue generalizado, ni menos determinante o sustancial, imponiéndose una visión más cualitativa que cuantitativa, máxime si en puridad el contratante demandante, de una parte, en esencia satisfizo las expectativas jurídico-económicas del contratante demandado y, de la otra, la conducta asumida por este, su deudor, lesionó el círculo de sus intereses en forma visible.

"En este orden de ideas, lo que se impone es un juicio razonado, a la vez que criterioso por parte del juzgador, en aras de determinar el peso, la morfología y la proyección del incumplimiento, como quiera que esta labor no puede ser mecánica o automática, sino que requiere valoración individual, en función de la tipología de negocio jurídico celebrado, y muy especialmente de las circunstancias de tiempo, modo

y lugar pertinentes, en procura de no generalizar y, por esa vía afirmar, sin fórmula de juicio, que se exige un cumplimiento pleno y, por tanto, total, apreciación que confunde «pleno» con sustancial, que son dos conceptos enteramente diversos.

"Desde esta última perspectiva, no le falta razón al profesor Jorge Priore Estacailla al exigir, más que el cumplimiento integral en sí mismo considerado del demandante, que este haya comenzado a cumplir con él su débito, de suerte que en su entender lo que se requiere es que «...quien solicita la resolución haya empezado a cumplir su obligación», comienzo que deberá ser evaluado en sede judicial.

"De ahí que si el cumplimiento es parcial, pero sustancial, y por lo demás respetuoso de las auténticas y razonables expectativas negociales del demandado y de la finalidad medular del contrato, se entiende que es viable la resolución, dado que el señalado incumplimiento no sería determinante, ni esencial, ni crucial, ni nuclear, lo que justifica que se abra paso la acción, so pena de que se frustre la aplicación de un remedio que, en este supuesto, aconseja que el acuerdo de voluntades no pueda preservarse. De lo contrario, aparte de hacérselo culto exagerado a una formalidad innecesaria (*summun ius summa injuria*), y de auspiciar una especie «de intransigencia judicial», se estaría estimulando el incumplimiento impune del deudor que, por ello, terminaría beneficiado paradójicamente.

"*Es lo que acontece, en lo aplicable, en tratándose del llamado incumplimiento recíproco de ambos contratantes, habida cuenta que en esta hipótesis, no obstante la inejecución prestacional de índole plural, es posible acudir a la resolución del contrato, así el demandante haya incumplido formalmente. Como bien lo realza el doctrinante español Mario E. Clemente Meoro al momento de ocuparse de «Los incumplimientos recíprocos». «... en ocasiones el demandado se defiende afirmando que también el demandante ha incumplido; y es entonces cuando resulta preciso determinar qué incumplimiento es prevalente a efectos de decretar la resolución, para para lo que cabe tener en cuenta tres criterios: el cronológico (el incumplimiento anterior es el que dará lugar a la resolución*), *el causal* (*dará lugar a la resolución el incumplimiento que sea causa del otro*) *y el de proporcionalidad* (*dará lugar a la resolución el incumplimiento con mayor incidencia en la economía del contrato*)". (Bastardilla fuera de texto)[35].

[35] Laudo arbitral, Ferroequipos Yale contra Bavaria S. A., de 8 noviembre 2013.

Para este propósito también resulta interesante, en tanto los textos legales que consagran la resolución de los contratos bilaterales por cumplimiento de la condición resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en la legislación chilena (C. C. chileno, arts. 1489 y 1552) guardan similitud en su contenido y alcance con los textos legales que regulan esos mismos aspectos en la legislación colombiana (C. C. colombiano, arts. 1546 y 1609), reproducir la opinión autorizada de un doctrinante chileno[36] que recoge y resume la situación que plantea el tema propuesto, es decir, el tratamiento de los incumplimientos recíprocos de los contratantes, en el derecho civil chileno, cuya solución ha sido, en términos generales, similar a la planteada por la doctrina y jurisprudencia patrias.

Así, se analiza allí cómo se articulan los auténticos incumplimientos recíprocos con las acciones de cumplimiento, resolución e indemnización de perjuicios con la excepción de contrato no cumplido.

Respecto del primer tema, es decir, de la acción de cumplimiento, expresa el autor chileno:

"No cabe duda [de] que la excepción de inejecución paraliza la acción de cumplimiento forzado; de hecho, esa es precisamente la finalidad de la institución: evitar que el demandado quede en descubierto (incumplo porque incumples).

"Nótese que, para el ejercicio de la acción de contrato no cumplido, no se requiere de ninguna formalidad especial ni tampoco la constitución en mora de la contraparte; basta abstenerse de ejecutar la prestación.

"De hecho, la mora no es tampoco un requisito de la acción de cumplimiento, como se desprende claramente del artículo 1537[37] del Código Civil, que permite demandar la obligación principal antes de que el deudor haya sido constituido en mora.

"Ahora bien, no olvidemos que la excepción de contrato no cumplido es un impedimento transitorio, que solo paraliza temporalmente la ejecución del contrato. En este sentido, la sola interposición de la demanda puede revelar un cambio de criterio de una de las partes, en

[36] BRUNO CAPRILE BIERMANN, "Ponencia presentada en el Congreso Internacional: Modernización del Derecho de las Obligaciones en Europa y Latinoamérica", Universidad Católica de Valparaíso, en: *La Ley,* Javier Barrientos Grandon, Códigos Profesionales, Chile, 2014.

[37] C. C. colombiano, art. 1594.

el sentido de cumplir derechamente o, al menos, de allanarse a hacerlo, voluntad que deberá demostrar durante la secuela del pleito.

"Así, volviendo al caso tipo que formuláramos al inicio de estas explicaciones, después del incumplimiento recíproco, una de las partes puede demandar el cumplimiento más indemnización de perjuicios. La contraparte le opondrá la excepción de contrato no cumplido. Si el actor demuestra que ahora ha cumplido o, al menos, está llano a hacerlo (por ejemplo, demuestra que obtuvo el financiamiento para la adquisición del inmueble o incluso consigna el precio de la venta), el tribunal tendrá que acoger la demanda de cumplimiento forzado.

"En el mismo caso, rechazará la acción de indemnización o la que pretende el pago de la multa o cláusula penal, a lo menos por el período en que subsistió el incumplimiento recíproco de las partes, pues durante ese intervalo la mora purgó la mora".

El tratamiento doctrinal de esta hipótesis concuerda con el tratamiento legal y doctrinal que le ha venido dando la jurisprudencia nacional al cumplimiento forzado de obligaciones mediante el proceso ejecutivo, el que, ante la excepción de contrato no cumplido, puede resultar frustrado si el demandante —igualmente incumplido como el demandado— no afirma y demuestra haber cumplido o estar dispuesto a cumplir; si ello ocurre, es claro que el demandado es obligado a cumplir el contrato y, eventualmente, condenado a pagar los perjuicios, si fue constituido en mora, pues la acción de cumplimiento, mediante el proceso ejecutivo, tan solo requiere para su ejercicio que el demandado haya incumplido las prestaciones a su cargo, mas no que se encuentre en mora.

Sobre el segundo tema, esto es, sobre la acción resolutoria, expone lo siguiente:

"Recordemos que se discute la procedencia de la acción resolutoria en caso de incumplimiento recíproco de los contratantes. En este punto, nos manifestamos decididamente por la afirmativa: la solución contraria conduce a resultados inaceptables. En el caso tipo que enunciáramos, el promitente comprador debe poder reclamar la resolución de la promesa de compraventa, a fin de obtener la restitución del anticipo del pago y, en el mismo caso, el promitente vendedor debe poder obtener la restitución de la cosa que entregó anticipadamente.

"Para poder llegar a tal conclusión, discurriremos por la siguiente senda: en un primer momento subrayaremos que la mora no es requisito de la acción resolutoria (i); luego procurar demostrar que la mora y la excepción de contrato no cumplido son instituciones distintas,

pese a que en nuestro medio se tiende a confundirlas (ii); finalizaremos analizando la hipótesis específica del incumplimiento recíproco y afirmaremos, siguiendo la doctrina francesa, que es perfectamente posible que el juez declare la resolución por incumplimiento de ambas partes (iii), lo que a su vez plantea una cuestión más delicada, esto es, la decisión que debe adoptarse respecto de la acción de indemnización de perjuicios, lo que se analizará al abordar aquella.

"Aun cuando no justifique un apartado especial, el argumento económico obra en el mismo sentido, pues es francamente ineficiente dejar a las partes ligadas por un contrato válido pero que ninguna de ellas puede ejecutar mientras la otra no cumpla por su parte, máxime si el cómputo de la prescripción quedará también en entredicho, en función de si la obligación es o no exigible y, por ende, prescriptible.

"i) *La mora no es un requisito de la acción resolutoria*.

"La afirmación no tiene nada de nuevo en nuestro medio; lo afirmó ya ELGUETA ORTIZ en 1947 y desde entonces ha sido seguido por autores como ELGUETA ANGUITA, AGUAD DEIK y ALCALDE RODRÍGUEZ. Es también la tesis de CLEMENTE MEORO en España, quien invoca, entre otros argumentos, que el artículo 1124 del Código Civil español —equivalente al 1489 del Código Civil chileno— «deriva la posibilidad de resolver del puro y simple hecho de que el deudor no haya cumplido y no hace referencia a la constitución en mora».

"En Francia tampoco se exige la constitución en mora del deudor para el ejercicio de la acción resolutoria. De hecho, los autores no la mencionan al analizar los requisitos de la resolución. GENICON afirma que la interrogante no tiene gran interés en un sistema de resolución judicial, en el que el contrato subsiste en tanto que el juez no la haya declarado. Naturalmente, el argumento pierde fuerza cuando las partes han estipulado un pacto comisorio o si se admite la resolución unilateral, como vimos, ocurre en otros ordenamientos.

"Por lo demás, la prescindencia de la mora como requisito de la acción resolutoria es coincidente con la tendencia del nuevo derecho de los contratos a considerar el incumplimiento como un hecho objetivo, desprovisto de consideraciones subjetivas relativas a la culpa, a las que necesariamente conduce la mora, al ser considerada esta como el retardo imputable en el cumplimiento de una obligación, después de que el deudor ha sido requerido o interpelado por el acreedor.

"ii) *La mora y la excepción de contrato no cumplido son instituciones distintas, pese a que en nuestro medio se tiende a confundirlas. Los*

artículos 1551 y 1552 regulan la primera, en tanto que la segunda carece de regulación positiva, aun cuando no cabe duda que nuestro sistema jurídico la acoge.

"Si se leen detenidamente los artículos 1551 y 1552 (arts. 1608 y 1609 del Código Civil colombiano), se observan que ambos regulan la mora. El primero establece la forma de constituir al deudor en mora y el segundo prescribe que la mora de uno de los contratantes purga la del otro. Ninguna de esas disposiciones regula la excepción de inejecución; una cosa es prescribir que la mora de una de las partes purga la de la otra, pero cosa distinta es autorizar derechamente a una de las partes a abstenerse de ejecutar su prestación en tanto la otra no la cumpla o se allane a hacerlo.

"La afirmación tampoco es nueva en la doctrina nacional y no tiene nada de bizarro si se examina el derecho francés y los que lo siguieron por modelo, señaladamente el Código Civil español. El Code no regula la excepción de inejecución en términos generales, sino solo para casos especiales, tales como la venta (art. 1612) y la permuta (art. 1704), pese a lo cual doctrina y jurisprudencia gala, desde antiguo, entiende que debe generalizarse su aplicación.

"Los proyectos de reforma del Code propician su regulación positiva en disposiciones diversas a aquellas consagradas a la mora, lo que confirma que se trata de instituciones diversas. El Código Civil español regula la constitución en mora en el artículo 1100, cuyo inciso final es próximo a la redacción del artículo 1552 del Código de Bello. Sin embargo, en Iberia siempre se ha entendido que la excepción de contrato no cumplido no está regulada expresamente en el Código Civil español con carácter general pero que, no obstante, su existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y reconocida por la jurisprudencia".

Resulta importante subrayar esta posición, pues —en términos generales— fue la adoptada por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 7 de diciembre de 1982[38], cuando al referirse a la excepción de contrato no cumplido que consagra el artículo 1609 de nuestro Código Civil, puntualizó "[...] que lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrá predi car los efectos surgen de la mora, únicamente se les puede aplicar los efectos propios del incumplimiento [...]", razón por la cual "[...] si

[38] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 7 de diciembre de 1982, M. P. Jorge Salcedo Segura, "G. J.", t. clxv.

ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante: ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare, la despeja el artículo 1594 del Código Civil, que dice: «Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal [...]. Puede quedar alguna duda. Antes de constituirse en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena".

Sin embargo, como ya dijimos, este fallo tuvo efímera vigencia, pues se volvió a la tesis tradicional según la cual la acción resolutoria no puede ser ejercida sino por el contratante cumplido o que se allane a cumplir sus prestaciones, razón por la cual cuando ambos han incumplido mutuamente las prestaciones que debían cumplir al mismo tiempo, ninguno de los dos puede ejercer dicha acción y el contrato no se resuelve, salvo que entre ellos haya un mutuo disenso, aunque sea tácito, que desemboque en la posibilidad de resolverlo.

La transcripción que antecede muestra unos aspectos que concuerdan con la jurisprudencia nacional y otros en los que se separa, pues se sigue sosteniendo que la resolución del contrato por ocurrencia de la condición resolutoria tácita —implícita en todo contrato bilateral— solamente puede ser ejercida por el contratante cumplido o que se allana a cumplir, frente a un contratante incumplido; sin embargo, no se comparte la afirmación según la cual la acción resolutoria —por ocurrencia de la acción resolutoria tácita— no requiere para su ejercicio que uno de los contratantes, además de su incumplimiento, se encuentre en mora, pues el artículo 1546 del Código Civil sí requiere la mora, en tanto expresa que en caso de incumplimiento, "[...] el otro contratante podrá pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, *con indemnización de perjuicios*", porque el requerimiento al contratante incumplido para que cumpla su prestación es la manifestación adecuada del contratante cumplido de que está sufriendo perjuicios por el retardo en el cumplimiento de la obligación, pues, como desde vieja data lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la acción alternativa que otorga a los contratantes el artículo 1546 del Código Civil, para el cumplimiento del contrato o para su resolución

"[...] es acción principal, a la cual está subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; *pues si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido o si no se decreta contra él la resolución no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios* [...]"[39]; y, finalmente, que resulta más conveniente para la seguridad y el tráfico jurídico que cuando se presente el mutuo disenso —por estar los dos contratantes mutua y simultáneamente incumplidos— se resuelva el contrato sin indemnización de perjuicios, pues habría que convenir que ninguno está en mora, pero disponiendo las restituciones de los anticipos que los contratantes hayan cumplido en la ejecución del contrato, consultando para tal efecto postulados como el de equidad con el fin de prevenir enriquecimientos injustos.

5. Conclusiones

El estado actual de la jurisprudencia en torno al tema de la disolución o resolución de los contratos bilaterales es el siguiente: se mantiene inalterable la posición según la cual el aniquilamiento del contrato bilateral, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que de él se derivan, puede ocurrir por voluntad de las partes, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, en armonía con el artículo 1625 de la misma codificación, voluntad que puede ser expresa o tácita; esta última en razón y con ocasión de contratos bilaterales recíproca y mutuamente incumplidos, respecto de obligaciones que debían cumplirse coetánea o simultáneamente; o mediante la acción resolutoria que establece el artículo 1546 del Código Civil, que solo procede a instancia del contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir en frente del contratante incumplido; y que, para prevenir los efectos de la excepción de contrato no cumplido, cuyo reconocimiento conduciría a un estancamiento de la relación contractual en la medida en que ninguno de los contratantes, mutua y recíprocamente incumplidos, no tomara la iniciativa de cumplir o de allanarse a cumplir, se ideó la tesis del mutuo disenso tácito bajo la tutela del artículo 1602 del Código Civil, que, desde luego, solo tiende a la destrucción del vínculo contractual y las restituciones mutuas respecto de las prestaciones cumplidas, pero sin reconocimiento de perjuicios.

[39] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 30 abril 1920, "G. J.", t. xxxiii, pág. 325; 17 marzo 1931, "G. J.", t. xxxviii, pág. 564; 14 agosto 1951, "G. J.", t. lxx, pág. 61.

En realidad la discusión que se ha presentado en este punto reside en el repudio de la jurisprudencia a poner la destrucción del contrato bilateral, mutua y recíprocamente incumplido, bajo la preceptiva del artículo 1546 del Código Civil, pues la Corte Suprema de Justicia ha venido reservando para el contratante incuestionablemente cumplido, o que se ha allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, sin desfallecimiento alguno, salvo los preanotados sobresaltos, el ejercicio legítimo de la acción resolutoria frente a un contratante necesariamente incumplido, con las secuelas que dicha terminación acarrea, es decir, con la condena al pago de perjuicios. Pero no se acepta, por las razones que válidamente ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en los fallos respectivos, que dicha acción pueda ser ejercida por un contratante incumplido frente a otro igualmente incumplido, pues ha estimado —en consecuencia— que para la extinción de dicha relación contractual se ofrece como solución la del mutuo consenso, extraída de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, especialmente la del mutuo disenso tácito, mediante la cual acepta que cualquiera de los contratantes, mutua y recíprocamente incumplidos, respecto de obligaciones que debían cumplirse coetánea o simultáneamente y, además, comprobadamente renuentes a cumplirlas, demande la extinción del contrato bilateral; pero en tales casos sin reconocimiento adicional de condena alguna por perjuicios, en una aplicación implícita de los efectos similares a los de la excepción de contrato no cumplido, tal como se propuso en el fallo de 7 de diciembre de 1982, posición que estimamos es la correcta en virtud de los mismos planteamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia para explicar el proceso histórico que desembocó en el artículo 1184 del Código Civil francés, antecedente de nuestro actual artículo 1546 del Código Civil.

Y respecto de la excepción de contrato no cumplido, habría que concluir que ella resulta procedente para impedir la resolución del contrato bilateral a instancia de un contratante incumplido, cuyas prestaciones, por ley, por la naturaleza de la prestación o por la convención, debían satisfacerse antes que las del otro, es decir, sucesivamente, pero cuya prosperidad no determinaría forzosamente el estancamiento del contrato, porque el contratante que se valió de la citada excepción para atajar la resolución la puede reclamar, a su vez, en frente del contratante declarado incumplido, en la medida en que no se trataría de un contratante propiamente incumplido, pues su incumplimiento habría devenido como consecuencia del incumplimiento previo del otro contratante, es decir, de un incumplimiento provocado por este. Pero,

obviamente, dicha excepción no cabría en el caso de resolución de un contrato bilateral en el que las prestaciones de los contratantes debieran cumplirse simultánea o coetáneamente, pues su reconocimiento conduciría inexorablemente al estancamiento del contrato, y la única forma de destrabarlo sería, ciertamente, la de acudir al instituto de la disolución por mutuo disenso tácito, ante la tozuda posición de los contratantes de no cumplirlo pero tampoco de avenirse a disolverlo por mutuo consentimiento expreso.

De lo expuesto se deduce que gracias a la bienhechora labor de hermenéutica realizada por la doctrina y la jurisprudencia, judicial como arbitral, incluso la más reciente, sobre el tema de la resolución de los contratos bilaterales por cumplimiento de la acción resolutoria tácita, en especial respecto de la excepción de contrato no cumplido y de incumplimiento recíproco de obligaciones que debían satisfacerse simultáneamente, los textos legales que regulan la materia siguen suministrando —aun hoy— variadas y valiosas fórmulas de solución para cada uno de los múltiples casos que se presentan en la realidad cotidiana, con la tendencia generalizada a desatar aquellos vínculos contractuales mutua e injustificadamente incumplidos, sopesando la responsabilidad que en dicho acontecer tenga cada uno de los contratantes, razón por la cual no se avizora necesidad alguna de implementar mecanismos legislativos para actualizar ni para regular tales aspectos, pues como hemos visto, la doctrina y la jurisprudencia han ajustado a cada particular situación el contenido y alcance que desde tiempos inmemoriales subyace en tales preceptos.

6. Bibliografía

A) *Doctrina*

Alessandri Rodríguez, Arturo: *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*. Versión taquigráfica de la cátedra de Derecho Civil, Santiago de Chile, Imprenta El Esfuerzo.

Betti, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico,* 2ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s. f.

Caprile Biermann, Bruno: "Ponencia presentada en el Congreso Internacional: Modernización del Derecho de las Obligaciones en Europa y Latinoamérica". Universidad Católica de Valparaíso, en *La Ley,* Santiago, Javier Barrientos Grandon, Códigos Profesionales, 2014.

Escobar Sanín, Gabriel: *Negocios civiles y comerciales,* t. ii, Teoría general de los contratos, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994.

FERRI, LUIGI: *La autonomía privada,* Granada, Comares, 2001.

MELICH ORSINI, JOSÉ: *Doctrina general del contrato*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

VÉLEZ, FERNANDO: *Estudio sobre el derecho civil colombiano,* t. VI, Bogotá, Ediciones Lex, 1983.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 30 abril 1920, "G. J.", t. XXXIII.

Sala de Casación Civil, sent. de 17 marzo 1931, "G. J.", t. XXXVIII.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 marzo 1941, "G. J.", t. L.

Sala de Casación de Negocios Generales, sent. de 23 agosto 1945, "G. J.", t. LIX.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 mayo 2002.

Sala de Casación Civil, sent. de 26 noviembre 1997, "G. J.", t. CCXLIX, vol. II, exp. 4671.

Sala de Casación Civil, sent. de 27 marzo 1996, "G. J.", t. CCXL, exp. 4714.

Sala de Casación Civil, sent. de 5 septiembre 1930, "G. J.", t. XXXVIII.

Sala de Casación Civil, sent. de 20 abril 1940, "G. J.", t. XLIX.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 septiembre 1944, "G. J.", t. LVII.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 agosto 1951, "G. J.", t. LXX.

Sala de Casación Civil, sent. de 2 noviembre 1964, "G. J.", t. CVLI.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 noviembre 1978, "G. J.", t. CLVIII, núm. 2399.

Sala de Casación Civil, sent de 10 mayo 1979, "G. J.", t. CLX.

Sala de Casación Civil, sent. de 5 noviembre 1979, "G. J.", t. CLX.

Sala de Casación Civil, sent. de 29 agosto 1982, "G. J.", t. CLXV, núm. 2406.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 diciembre 1982, "G. J.", t. CLXV.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 julio 1985, "G. J.", t. CLXXX, núm. 2419.

Sala de Casación Civil, sent. de 22 agosto 1989, "G. J.", t. LXVII.

Sala de Casación Civil, sent. de 1º diciembre 1993, "G. J.", t. CCXXV, núm. 2464, exp. 4022.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio 2000, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5020.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 junio 2006, M. P. César Julio Valencia Copete, exp: 7786.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 junio 2010, M. P. William Namén Vargas, exp.: 05000.23-13-000-2010-00140-01.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 diciembre 2010, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, exp.: 41001-31-03-001-2002-08463-01.

b) *Laudo arbitral*

Ferroequipos Yale contra Bavaria S. A., de 8 noviembre 2013.

Capítulo VIII

La interpretación del contrato

Jaime Alberto Arrubla Paucar*

1. Introducción a una teoría de la interpretación del contrato

Como en todo el derecho, en la interpretación del negocio jurídico hoy se observan diferentes tesis: subjetivas y objetivas. Las subjetivas, de corte clásico, están orientadas en la tarea interpretativa a indagar el elemento psicológico del contrato, la intención de las partes y a partir de allí elaboran todo el desarrollo de la teoría interpretativa. En cambio, las más recientes tienden solo a fijar el contenido y el alcance del mandato jurídico que en el negocio se contiene. A continuación observemos algunos planteamientos que parten de las concepciones subjetivas clásicas para llegar a las objetivas, más contemporáneas.

Cuando aludimos a la interpretación del contrato, nos referimos a un proceso que busca entender el contrato; esto no es otra cosa que determinar los verdaderos alcances de las voluntades que han concurrido a su formación. A propósito señalaba el profesor Emilio Betti: "Utilizando aquí la clara distinción entre acción y evento, podemos provisionalmente caracterizar la interpretación como la acción en la cual el resultado o evento útil es entender"[1]. Esa necesidad de entender se satisface por medio del lenguaje; para sus manifestaciones de voluntad, las partes han utilizado uno, y es necesario entenderlo, delimitar sus alcances y a su vez, ese entendimiento utilizará como expresión el lenguaje mismo. Quien está llamado a entender debe colaborar en el proceso de comprensión, y la primera exigencia para ese sujeto debe ser la espontaneidad[2].

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, profesor universitario y autor de publicaciones especializadas en Derecho Civil y Comercial.

[1] Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, pág. 29.

[2] G. Humboldt, citado por Betti, *op. cit.,* pág. 29.

Con precisión señala el profesor italiano[3], aludiendo al proceso interpretativo en su relación objeto-sujeto (contrato-interprete): "Aquí, en suma, el conocer es un reconocer o reconstruir el espíritu que, a través [*sic*] de la forma de su objetivación, habla al espíritu pensante, el cual se siente por ello afín en la común humanidad: es un reconducir y juntar de nuevo la forma con la interioridad que la ha generado y de la cual se ha separado, un interiorizar transponiendo en todo caso el contenido en una subjetividad diversa de la suya originaria. De este modo tiene lugar una inversión del proceso creativo en el proceso interpretativo; una inversión por la cual, en el *iter* hermenéutico el intérprete debe volver a recorrer en sentido retrospectivo el *iter* genético, operando en sí su pensamiento".

En este punto del proceso interpretativo aparece la gran antinomia a la que debe obedecer el intérprete: por un lado, ser fiel a la objetividad, es decir, a lo declarado por las partes, a esa forma contractual en la cual se condensaron las dos voluntades al momento de reproducir la forma, de repensar el negocio, que debe ser lo más adaptado y leal a esa forma expresiva de las partes, sin violentarla o desatenderla. Se trata de una exigencia de subordinación que tiene el intérprete[4].

Por otro lado, esa exigencia de objetividad no es procedente sino mediante la subjetividad que debe desempeñar el mismo intérprete, el cual es llamado a reproducir la forma expresada por las partes negociantes en su interior, de acuerdo con su conciencia y sensibilidad, reestableciendo el pensamiento ajeno en su ser íntimo, como muestra que vuelve propia, pero enfrentándolo como algo que es objetivo y ajeno[5].

De allí la antinomia de que habla BETTI[6]: por un lado, la percepción subjetiva del intérprete, caracterizada por la espontaneidad, y por otro, la objetividad y fidelidad a lo que se trata de repensar. Esa es precisamente la dialéctica que mueve el proceso interpretativo y que es la base de una teoría de la interpretación del negocio jurídico.

Así se pronuncia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Colombia, cuando señala[7]:

"Si la misión del intérprete [...] es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse,

[3] BETTI, *op. cit.,* pág. 30.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] BETTI, *op. cit.,* pág. 31.

[7] Cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577.

únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas".

Y agrega la misma Corte[8]:

"La operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él".

Pensadores contemporáneos[9] varían considerablemente la función de la tarea interpretativa, observando en forma distinta lo que es objeto de ella. Parten del supuesto que concibe el negocio jurídico como ejercicio de potestad normativa, como fuente de derecho, y entienden la función interpretativa como la indagación sobre el mandato jurídico contenido en dicho negocio, bien sea deber, facultad, obligación, etc. "La superioridad de la concepción normativa del negocio jurídico se refleja en una mayor coherencia en la construcción del concepto de interpretación jurídica. Solo tal concepción nos permite en efecto adoptar un concepto unitario de interpretación. En cambio, los que no ven en el negocio jurídico nada más que el supuesto de hecho de una norma legal deben quebrar el concepto de interpretación jurídica y afirmar que "el fenómeno hermenéutico en el campo de los actos jurídicos no se adapta... a la interpretación de la norma".

2. La interpretación en el derecho

A) *Interpretación en las diferentes ciencias*

No es muy propio hablar de interpretación cuando se trata de observar fenómenos naturales; allí lo que debe ocurrir es una descripción causal de lo que sucede, de la ocurrencia de las leyes de la naturaleza.

Otra cosa distinta es observar las relaciones negociales de las personas en la órbita del derecho, que consisten precisamente en las formas dadas a sus intenciones convencionales. Este es el campo propicio para la interpretación, para desentrañar el verdadero alcance que tiene

[8] "G. J. ", t. cclv, pág. 568.

[9] Luigi Ferri, *La autonomía privada,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 177.

una expresión contractual dentro del gran abanico de posibilidades que puede admitir la manifestación de la autonomía privada.

De allí la afirmación del profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO[10]: "Para el observador totalmente extraño, lo declarado serán sonidos, manchas en un papel, gestos o maneras de obrar más o menos absurdas e incomprensibles; mientras no los entiende, quedan para él en letra muerta y en actos sin sentido. Conocido o descubierto su significado, cobran vida, serán expresión de sentimientos, deseos, aspiraciones y mandatos. La interpretación jurídica tiene su especialidad, que la separa de la hecha por el filólogo, el historiador o el psicoanalista".

B) *Interpretación de la ley e interpretación del contrato*

Se presenta una evolución en las concepciones de estos conceptos.

Clásicamente se observa diferencia en interpretar la ley y en interpretar el negocio jurídico. Por lo pronto, en el sistema jurídico colombiano el principio de interpretación se invierte; mientras en la ley no se puede desatender el tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, según lo dispone el artículo 27 del Código Civil, en el negocio jurídico sucede precisamente lo contrario, por mandato del artículo 1618 del mismo código, "Conocida claramente la intención de las partes, debe estarse más a esta que al tenor literal de las palabras".

La doctrina también señala claras diferencias entre interpretar la ley e interpretar el contrato. Observemos:

Señala MESSINEO[11]: "Pero en tanto que la tarea del intérprete está —en cierto modo— circunscrita, por cuanto la interpretación de la norma se limita a liberar a esta última de las dudas y ambigüedades que eventualmente la afecten y, por consiguiente, es una interpretación esencialmente objetiva, la tarea de quien interpreta un contrato es mucho más compleja y ardua puesto que debe, además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades, aclarar también cuál es la voluntad concreta de las partes; en consecuencia realiza una función objetiva y subjetiva a la vez, que consta así de dos «momentos» lógicos autónomos [...]".

Las normas heterónomas forman parte del ordenamiento jurídico, mientras el contrato, en cuanto que es producto de la potestad normativa de los intervinientes, no forma parte de dicho ordenamiento; por el

[10] FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico,* Madrid, Civitas, 1985, pág. 73.

[11] FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato,* t. II, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 88.

contrario, está sometido a él. Señala sobre el punto la doctrina[12]: "Los actos jurídicos, a diferencia de las normas, no constituyen el orden jurídico, sino que operan dentro de su órbita. De ahí que la interpretación de uno y otro precepto ofrece diferencias que hay que poner de relieve".

En criterio de algunos[13], en cambio, no debe existir diferencia entre interpretar la ley o el contrato, en principio. El contrato es fuente normativa y por ende, el intérprete actúa sobre estas: ley, contrato, reglamento, y no sobre normas. El procedimiento interpretativo tiene como función la de buscar y descubrir la voluntad objetiva de la que está constituido el derecho, de poner al desnudo el mandato jurídico, actuando sobre sus fuentes, antes enunciadas. En la ley y en el contrato existen unos contenidos normativos que el intérprete busca sacar a la luz y descubrir su mandato jurídico.

C) *Interpretación del testamento*

La interpretación del acto jurídico testamentario difiere de la interpretación del contrato en que en este se trata de indagar la voluntad o intención del declarante y no la verdadera intención (C. C. francés) o intención común (C. C. italiano) de las partes. La interpretación del contrato es una interpretación típica, que busca indagar sobre el alcance de la mutua voluntad de las partes, y en la que es necesario conciliar los intereses de ambas partes; no así en el testamento, en el que solo hay una voluntad y por ello las palabras y su significado tienen un papel preponderante en su normal y corriente acepción[14].

Según algunos, otra diferencia entre interpretar el contrato según el acto jurídico testamentario se concreta en el principio de la buena fe, en la medida en que no se considera pertinente para la interpretación del testamento, porque dicho acto, por ser unilateral, no está encaminado a garantizar la confianza ajena. El contrato se edifica en la lealtad, en honrar la palabra empeñada; mientras que en el testamento, la declaración del causante es el eje del proceso interpretativo.

Algunos autores[15] señalan, como otra diferencia entre interpretar el testamento y el negocio jurídico, lo concerniente a la prueba; mientras en el testamento no se admiten pruebas extrañas a él, pues se trata de

[12] Santos Cifuentes, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 243.

[13] Ferri, *ob. cit.,* pág. 175.

[14] Cifuentes, *op. cit.,* pág. 254.

[15] Cifuentes, *op. cit.,* pág. 255.

averiguar la verdadera intención del testador, por ello se considera documento autónomo, en la interpretación del negocio jurídico, con otros documentos se puede auscultar la verdadera intención de las partes declarantes.

En Colombia, sobre la interpretación de las disposiciones testamentarias, tenemos la siguiente norma en el Código Civil: "Artículo 1127.—Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

"Para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido".

La Corte Suprema de Justicia de Colombia[16] ha precisado lo siguiente sobre la interpretación del acto testamentario: "Si se trata de una memoria testamentaria y en especial de ciertas cláusulas de esta, lo que debe orientar al juzgador debe ser aquello que se propuso la persona que por ese medio trata de realizar un acto dispositivo de bienes que conforman su patrimonio. Puede acontecer que el texto de la disposición sea tan claro que su sentido no se presta a equívocos; también es factible que este, por lo contrario, sea oscuro o ambiguo y carente de efectos a causa de los términos en que fue concebido u opuesto a los requisitos o prohibiciones legales".

Más recientemente, en el mismo sentido[17]: "Es regla de principio que en la inteligencia y efecto de un testamento hay que hacer prevalecer la voluntad del testador claramente manifestada y que solo cuando las palabras utilizadas para expresar esa voluntad dejan duda acerca de su verdadera intención, es necesario escudriñar esa voluntad, dirigiéndola más a la sustancia de las disposiciones".

3. La interpretación del contrato en el derecho civil

La concepción sobre la interpretación del negocio jurídico está estrechamente ligada a la misma concepción que se tenga sobre el contrato. Una cosa será la interpretación en la concepción liberal del negocio jurídico y otra diferente en concepciones que rompen con el dogma de la voluntad y sitúan el negocio como una expresión o resultado de la potestad normativa.

[16] Sent. de 30 noviembre l983, M. P. Héctor Gómez Uribe.

[17] Sent. de julio 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla, exp.: 050013110003-1998-00707-01. También sentencia de 24 de septiembre de l940, "G. J.", t. L, pág. 105.

A) *La interpretación y el derecho civil*

Por la especial peculiaridad que tienen los actos jurídicos en el tráfico económico civilista, en esta disciplina históricamente aparecen los preceptos de interpretación o cánones hermenéuticos fundamentales[18], que además de actuar en el estricto campo civil, se convierten en normas que actúan en otras ramas del derecho y que conformarán en las futuras codificaciones el conjunto de normas de interpretación generalmente admitidas. Estos *cánones*, con referencia a la autonomía aludida anteriormente entre exigencias de objetividad y de subjetividad, se reparten al referirse algunas veces a la forma objeto de interpretación y otras, al intérprete sujeto de interpretación.

B) *El objeto fundamental de interpretación*

Haciendo referencia a la materia sujeta a interpretación, decimos que no es la simple voluntad interna, sino la declaración en el contexto que le confiere un significado o un valor. Lo que cuenta no es el tenor literal de las palabras o la materialidad de su significado, sino la situación objetiva, en la que vienen manifestadas; son las circunstancias donde tales manifestaciones de voluntad encuadran el contexto en el cual las partes las han emitido, con su dialogo interactivo y el intercambio de opiniones. "La interpretación fija el contenido y reconstruye el significado de las declaraciones y de comportamientos con referencia también a los hechos antecedentes y a los consecuentes con los que se conecta y en particular considerando los tratos preparatorios, cuando se lleva a cabo el negocio, como modos de conducta a los que hay que atenerse cuando el negocio ha sido concluido"[19].

Alrededor de nuevas concepciones sobre el reconocimiento al negocio jurídico como fuente normativa[20], se plantea la necesidad de superar el dogma de la autonomía de la voluntad y distinguir la voluntad negocial de la voluntad subjetiva de los autores del negocio[21]. A partir de este reconocimiento se puede explicar la existencia de una intención, "*rectius* de una voluntad interna, que no se identifique con la voluntad de las partes", es decir, de una voluntad objetiva"[22].

[18] Terminología de Ihering, citado por Betti, *op. cit.,* pág. 31.

[19] Betti, *op. cit.,* pág. 31.

[20] Ferri, *op. cit.,* pág. 165.

[21] Ferri, *op. cit.,* pág. 166.

[22] Ferri, *op. cit.,* pág. 169.

Así las cosas, la voluntad subjetiva, que conocemos como intención, no es otra cosa que la energía o fuerza creadora del derecho, pero no es la regla de derecho, no es un elemento objetivo, pues este es el resultado, es decir, la norma contractual.

Indiscutiblemente, la concepción que se tenga sobre el contrato incide en su tarea interpretativa. Según FERRI[23], "El negocio jurídico, como concepto, es decir, como instrumento de trabajo del jurista, se salva a nuestro parecer únicamente con la plena aceptación de la concepción normativa".

C) *La autonomía de la voluntad y la interpretación del negocio jurídico*

El ejercicio de la autonomía privada, entendida como la potestad normativa concedida por el ordenamiento jurídico a las personas para regular sus propios intereses[24], tiene en el campo del derecho una gran expresión que es precisamente el contrato. Aparte de la discusión de que el ejercicio de esa autonomía negocial tenga como efecto propio crear verdaderas normas jurídicas o si simplemente se observa que el negocio jurídico no es más que un supuesto de hecho previsto en el ordenamiento jurídico, la realidad innegable es que su contenido es preceptivo y obedece a una función económico-social que pretenden las partes realizar con su celebración.

En la interpretación del negocio jurídico lo que en realidad tiene especial relevancia es "el intento práctico, el interés en sentido objetivo que busca satisfacción en un precepto que la autonomía privada ha puesto en juego. [...] se trata de darse cuenta, con criterio ante todo psicológico, del precepto de la autonomía privada con relación a la coherencia (falta de contraste) entre el intento práctico perseguido y la función económico-social típica de aquella autonomía que merezca la tutela jurídica según los criterios generales del ordenamiento"[25]. La figura contractual típica o atípica tiene una función socio-económica, y las partes, en su ejercicio de autonomía privada, pretenden realizar una finalidad práctica; pues bien, el contraste de esas dos categorías es el campo propio de la interpretación contractual.

[23] FERRI, *op. cit.,* pág. 171.

[24] FERRI, *op. cit.,* pág. 31.

[25] BETTI, *op. cit.,* págs. 346-347.

Voces autorizadas pregonan[26]: "La interpretación es tarea previa y de general trascendencia en la dogmática del negocio jurídico. La declaración de voluntad es donde en el negocio se manifiesta auténticamente la autonomía privada; el negocio será aquello que se deduzca de la interpretación".

Aspecto fundamental del ejercicio de dicha autonomía de voluntades es la suposición para esta de que las partes actúan en pie de igualdad, llegando a la discusión y formación del contrato con la misma fuerza negociadora y la misma capacidad impositiva, filosofía liberal que inspira la institución y que supone como resultado la expresión de un negocio que ha sido libremente discutido entre los participantes. A estas ideas liberales del negocio jurídico corresponde una concepción sobre la tarea interpretativa que debe recaer sobre él. Se trata ante todo de proteger la libertad de las partes manifestada en el contrato.

Según los defensores de la concepción normativa del negocio jurídico[27], donde se rompe el dogma de la autonomía de la voluntad, "el negocio jurídico tiene un significado interno, un espíritu, distinto del querer interno del declarante y no puede existir una mera declaración, una forma negocial, que no esté animada por un contenido de voluntad objetiva".

4. La norma interpretativa y su carácter

A) *Origen de los preceptos interpretativos*

La tradición civilista llegó a un conjunto de preceptos que el intérprete debe tener en cuenta al adentrarse en el proceso interpretativo.

De los textos romanos se obtuvieron las primeras reglas de interpretación, que fueron utilizadas por antiguos autores del derecho. Los códigos liberales las tomaron de las quince reglas que enumera Domat y que son reducidas por Pothier a una docena.

El Código Civil francés las presenta en el libro iii, título iii, capítulo iii, sección v, en los artículos 1156 a 1164. De acuerdo con sus autores, estas normas "han recibido la aprobación de los siglos". Todos los códigos que siguieron al francés las adoptan y en Latinoamérica ocurre lo propio, con la salvedad del Código argentino.

[26] De Castro y Bravo, *op. cit.,* pág. 74.

[27] Ferri, *op. cit.,* pág. 171.

El Código de BELLO introduce similares normas, contenidas en el Código chileno en los artículos 1560 a 1566 y en el Código Civil colombiano, entre los artículos 1618 a 1624, dentro del título XIII, llamado "De la interpretación de los contratos".

En Italia, el código de 1865 recoge las reglas interpretativas del Código Civil francés, y en el de 1942 pasan con modificaciones sustanciales.

Formuladas estas normas en un código de talante liberal, se presentan interrogantes como los siguientes: ¿son taxativas?; ¿las partes pueden remplazarlas?; ¿son de orden público?; ¿a qué negocios se aplican? Estos interrogantes serán objeto de reflexión de este estudio.

B) *La naturaleza jurídica de las normas interpretativas*

La naturaleza de estos preceptos es discutida en la doctrina. En primer lugar se pone en duda que tengan un verdadero carácter jurídico. Los redactores del código alemán estimaron que este tipo de normas no eran propias de un código por tratarse más de reglas de la lógica, sin valor jurídico positivo[28]. Igualmente se sostuvo en Italia y en Francia que eran axiomas lógicos o de sentido común a pesar de estar incorporados en los códigos y su aplicación debía dejarse al buen criterio de los jueces, al ser inseparables de la fijación de los hechos; concluyendo que estas pertenecen a la doctrina o "ad cathedram" y que son extrañas a la legislación[29].

Los comentaristas[30] del Código Civil francés fundamentados en la jurisprudencia de la Corte de Casación, sostienen que los artículos que contienen las reglas de interpretación de los contratos no tienen un carácter imperativo ni establecen reglas absolutas, sino que consisten en consejos dados a los jueces por el legislador para la interpretación de los contratos[31].

Después de estos primeros entendimientos sobre el carácter de estas preceptivas, la doctrina pasa a considerarlas verdaderas normas con carácter vinculante, por ser un remedio contra la arbitrariedad judicial y por ser un mandato del legislador, revistiéndolas de un carácter de normas imperativas.

[28] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* pág. 80.

[29] *Id.,* pág. 74.

[30] Citados por CLARO SOLAR, COLIN y CAPITANT y LAURENT.

[31] LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* vol. VI, t. XII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pág. 5.

Señala el profesor Messineo[32]: "Existen normas jurídicas que gobiernan la interpretación de las otras normas jurídicas; existen igualmente normas jurídicas que gobiernan la interpretación del contrato. Es un paralelo que nace espontáneamente".

El profesor De Castro y Bravo[33] es enfático sobre el carácter de imperativo de estas normas cuando señala: "Sobre su carácter jurídico y vinculante no puede dudarse. No son apotegmas lógicos; por el contrario, imponen criterios de política jurídica, deciden imperativamente casos de duda y ordenan cómo se ha de completar lo establecido en la regla negocial".

El citado profesor Messineo[34], comentando el Código Civil italiano, también considera las normas interpretativas verdaderas normas jurídicas con carácter imperativo. Observemos su opinión: "Tales normas son verdaderas y propias normas jurídicas, y no ya meras sugestiones hechas sobre la base de la experiencia común (el *id quod plerumque accidit* en materia de contrato) y que hasta pueden ser desatendidas sin que por ello se incurra en violación de la ley".

C) *Las normas interpretativas en el Código Civil*

Se pueden agrupar las reglas que aparecen en el Código Civil colombiano de la siguiente manera:

Las que defienden la autonomía de la voluntad de las partes. Estas se encuentran reflejadas en varios preceptos. En primer lugar, estableciendo como directriz de interpretación, la verdadera intención de las partes (art. 1618) "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"). También desarrolla la misma finalidad la norma que señala como deber no estarse solo a lo declarado para establecer esa verdadera intención. Señala el artículo 1622: "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. [...] También podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia". [...] "O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte".

[32] Messineo, *op. cit.,* pág. 87.

[33] De Castro y Bravo, *op. cit.,* pág. 80.

[34] Messineo, *op. cit.,* pág. 94.

Se agregan a este grupo cláusulas que defienden la expresión de la autonomía privada, como la siguiente: "Art. 1619.—Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

El principio de que hay que tener en cuenta más lo que se quiere que lo que se dice en el contrato fue proclamado por PAPINIANO, luego recogido por el derecho común en el aforismo "spectanda est voluntas", y se observa en el Ordenamiento de Alcalá en el siguiente texto: "[...] mas que sea valedera la obligación o el contrato, que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro, e fazer contrato con él". Estos criterios los recoge el Código de Napoleón cuando expresa : "On doit dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutó que de s'arréter au sens littéral des termes". Queda la expresión establecida como la norma esencial de interpretación que se aviene perfectamente a la impronta liberal de la codificación, que realiza un verdadero culto a la autonomía de la voluntad. En idénticos términos llega a la legislación civil colombiana y de allí la conclusión inmediata sobre la labor del intérprete que no puede ser otra que la de indagar la verdadera voluntad de los contratantes[35].

La fórmula de POTHIER[36] es la siguiente: "Se debe en las convenciones, buscar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que atenerse al sentido literal de las palabras".

Sobre el tema ha señalado la Corte Suprema de Justicia[37]:

"[...] 2) Ahora bien, el criterio basilar en esta materia —mas no el único, útil es memorarlo— es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, «conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras», en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 *ib.,* a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán «por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra».

"Esa búsqueda —o rastreo *ex post*— de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, *prima facie,* claridad y precisión, pues no

[35] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.,* pág. 82.

[36] CLARO SOLAR, *op. cit.,* pág. 16.

[37] Sent. de 28 febrero 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. 7504.

hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, *in radice*, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, *ratio* medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, «la letra mata, y el espíritu vivifica».

"El mismo artículo 1622 —ya citado— sienta otras reglas más de acentuada valía, como aquella que prevé que «las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad», en clara demostración de la relevancia que tiene la interpretación sistemática y contextual, brújula sin par en estos menesteres.

"O, en fin, la contemplada en el artículo 1621, que dispone que cuando no aparezca «voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato», sin dejar de tener su propia fuerza y dinámica, en veces definitiva para casos específicos, la asentada en el artículo 1620, según la cual, «el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno», lo que significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría —o cercenaría— efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina.

"Todas estas directrices, en últimas, tienen el confesado propósito de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación negocial, lo mismo que fijar unos derroteros enderezados a esclarecer la oscuridad o falta de precisión que, *in casu,* puede presentar el texto contractual, bien desestimando interpretaciones que, inopinada o inconsultamente, conduzcan a privar de efectos a la cláusula objeto de auscultación, ya sea otorgándole relevancia a la naturaleza del contrato, bien interpretándolo de modo contextual, esto es, buscando armonía entre una cláusula y las demás, etc.".

En el código italiano de 1942, el artículo 1362 también le exige al intérprete como precepto fundamental indagar sobre la "intención común" de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Según Messineo, esta es la norma básica, "el perno fundamental", según sus palabras, que domina todas las demás normas, las cuales dependen de ella, incluso el principio de la buena fe, y afirma que "por el hecho de que la aplicación del principio de la buena fe (de que trata

el artículo 1366) no puede hacer que la intención común sea distinta de la que es en realidad; y finalmente por el hecho de que si las reglas de interpretación objetiva debiesen aplicarse antes que las del artículo 1362, esta última quedaría o estaría expuesta a quedar sin aplicación"[38].

• Las normas que ofrecen criterios para resolver dudas sobre el sentido de algunas cláusulas o palabras, como la regla que incorpora el principio de *in dubio pro deudoris* (art. 1624: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a favor del deudor").

• Las normas que establecen responsabilidad negocial, como cuando se ordena que el sentido de la norma favorezca a quien no produjo la ambigüedad (art. 1624, párr. 2º: "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella").

• Reglas que determinan cómo suplir omisiones de las partes en el negocio. Artículo 1621: "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato [...] Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen". Y artículo 1623: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda".

• Las que consagran el principio de la utilidad del negocio jurídico, principio que además justifica teorías como la conversión del negocio. Artículo 1620: "El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema[39]:

"[...] 2) Ahora bien, si, en gracia de discusión y desde una óptica meramente semántica o literal, se admitiese que la cláusula quinta viola el principio de identidad, pues al paso que se le reconoce al agente el pago de la prestación, allí mismo renuncia a ella, no puede pasarse por alto que el intérprete, a la hora de hacer imperar uno de los dos extremos, debe privilegiar aquella interpretación que permita hacerle

[38] MESSINEO, *op. cit.,* págs. 97-98.

[39] Sent. de 28 febrero 2005, cit.

producir a la estipulación los efectos legales que las partes quisieron o debieron querer, por sobre aquella otra postura hermenéutica que conduzca a cercenárselos. Y ello es así, no solo porque el juez debe ser respetuoso de la voluntad contractual, libremente plasmada en las cláusulas diseñadas por los contratantes (artículo 1602 C. C.), a menos, claro está, que sea robusta y elocuente la violación de una normas imperativa, sino también porque, en caso de duda, manda el artículo 1620 del Código Civil que «el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno», regla que propende por [*sic*] la conservación del negocio (preservación de los efectos del acuerdo volitivo), pues las partes, cuando lo configuraron, quisieron de buena fe que generara una determinada consecuencia.

"En otras palabras, cuando el artículo 1620 del Código Civil sienta la regla según la cual debe desecharse la interpretación que lleve a pregonar que la cláusula objeto de hermenéutica es ineficaz, o que no produce efectos, en beneficio de aquella otra que sí los reconoce, no hace otra cosa que reconocer el valor normativo que —lato sensu— tienen los contratos, en el entendido [de] que ellos han sido ajustados de buena fe por las partes, para que rijan su comportamiento negocial, de suerte que los jueces, caprichosa o generalizadamente, no pueden cercenar esos efectos, so capa de interpretaciones aisladas que conducen a predicar la invalidez de la estipulación, laborío que, de suyo, tiene carácter absolutamente restricto".

Como corolario de todo lo analizado en este punto, habría que concluir que, de conformidad con los postulados de la escuela liberal que inspiró las normas sobre interpretación del contrato en el Código de Napoleón y por ende en el nuestro, estas normas tienen un carácter de imperatividad y de no disponibilidad por la misma declaración de voluntad de las partes. Por obvias razones, estos principios deberán ceder, en la medida en que le corresponda ceder a la escuela liberal que inspiró estas legislaciones, como adelanté se verá.

5. La interpretación del contrato en el Código de Napoleón

El Código de Napoleón enalteció la libertad humana y su expresión inmediata, la autonomía de la voluntad, considerando al acuerdo de voluntades una ley para los contratantes. La validez contractual reside en que el negocio jurídico sea el producto de la expresión libre de la

voluntad de los intervinientes. Esta concepción, según VALLESPINOS[40], llevó a la máxima expresión el principio del consentimiento contractual como base de todo el sistema establecido para los contratos.

Observemos sus aspectos más sobresalientes:

• El principio de la autonomía de la voluntad es la pieza fundamental de toda la vida social; los individuos son los dueños de sus actos, de tal manera que solo ellos *intervienen* en sus decisiones.

• El contrato es un acto jurídico generador de obligaciones, donde la regla es el consensualismo y el formalismo la excepción. Si hay libertad para buscar consecuencias jurídicas, igualmente la hay para establecer cómo plasmarlas, con excepciones definidas en la ley, en razón del interés público.

• Solo se pone límites a la autonomía de la voluntad, en cuanto está en juego el orden público o las buenas costumbres.

• El consentimiento será válido solo cuando esté libre de error, violencia o dolo (art. 1109) en los siguientes términos: Solo cuando el error se refiere a la sustancia de la cosa, afectará la validez de la convención (art. 1110). La violencia determinará la nulidad si se ejercita en contra de quien se obliga, aunque provenga de un tercero (art. 1111). El dolo provocará la nulidad cuando las circunstancias hagan evidente que sin las maniobras realizadas por una de las partes, la otra no habría contratado (art. 1116). El error, la violencia y el dolo producirán solo la nulidad relativa.

• La lesión no vicia el consentimiento, salvo en ciertos contratos y respecto de ciertas personas (art. 1118).

• El artículo 1101 señala que el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra u otras, a dar, hacer o no hacer, alguna cosa. Sigue así las clásicas enseñanzas de DOMAT y POTHIER. Como consecuencia de este principio, el artículo 1134 estableció como fuente de derecho las convenciones legalmente firmadas.

• Armónicos con el postulado, la policitación no puede producir obligación alguna hasta que ocurra la aceptación.

• En materia de *interpretación,* se establece que habrá que estar más a la voluntad común de las partes que al texto literal de los términos en que el contrato se hubiese redactado (art. 1156), y en caso de duda,

[40] CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales,* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (Udeba), 1984, pág. 101.

el convenio se interpretará en favor de quien se obliga y en contra del acreedor de la obligación (art. 1163).

En resumen, puede decirse que el Código de Napoleón encumbra la libertad humana al punto de declarar que el contrato tiene categoría de ley entre las partes, con límites excepcionales como son el orden público y las buenas costumbres (arts. 1118 y 1674). La interpretación del contrato deberá obedecer en primer término a garantizar su expresión libertaria a indagar la verdadera voluntad de los contratantes con miras a preservar el principio de autonomía mirando el contrato como justo, en la medida en que cumpla con las anteriores exigencias, por encima de sus contenidos.

En las anteriores condiciones los cánones de interpretación son normas imperativas, en cuanto pretenden salvaguardar la expresión de la libre autonomía negocial de las partes, estrechamente ligada a la misma dignidad del hombre.

En la estructura jurídica del Código de Napoleón, las ideas de libertad e igualdad jurídica, heredadas de la Revolución de 1789, constituyen los pilares del contrato cuyo resultado llega a considerarse necesariamente justo, si las voluntades fueron emitidas libremente.

6. El destinatario de la norma interpretativa

El papel del intérprete es trascendental en la tarea interpretativa. El negocio jurídico, en última instancia, será lo que el intérprete señale. Por ello afirma el profesor de Castro y Bravo[41] que las cosas parecen otras según quien las mire. Es, por tanto, necesario tratar de situarnos en el papel de los diferentes destinatarios de la norma interpretativa.

• *Hay un destinatario por excelencia: el juez*. Interviene el juez ante la discrepancia de los interesados o de estos con terceros. Esta tarea interpretativa se llama interpretación crítica y busca indagar el sentido de la declaración de voluntad al momento de ser emitida.

En opinión de muchos, el juez es el único destinatario de las normas interpretativas. Sin embargo, si las normas deben ser observadas por la sociedad en general, sería extraño que su único destinatario fuese el juez, que es el llamado a reprimir los casos de inobservancia[42]. "Por consiguiente, al igual que las otras normas, hay que considerar que las

[41] De Castro y Bravo, *op. cit.,* pág. 74.

[42] Messineo, *op. cit.,* pág. 92.

relativas a la interpretación del contrato van dirigidas, en primer lugar, a las partes y luego al juez".

• *Las partes que intervienen en la formación del negocio jurídico.* También son destinatarios quienes hacen la declaración de voluntad. Esta interpretación es la llamada por la doctrina la interpretación auténtica; las partes en ejercicio de su autonomía negocial pueden darle a su declaración el sentido que ellas quieran. Esto no es del todo cierto, si bien tienen un poder importante después de celebrar el negocio, hasta el punto de que pueden reemplazarlo, resiliarlo o terminarlo, dicha potestad no llega hasta el punto de contrariar lo dicho; de allí que el deber de buena fe les imponga la necesidad de interpretar el contrato siendo fieles a lo convenido, sin pretender sacar ventaja a su favor y colmando la expectativa de su contraparte.

• *Los notarios o escribanos.* El notario es destinatario de las normas de interpretación. Este debe redactar el acto o negocio de acuerdo con las declaraciones de voluntad que ha recibido. En esa labor, interpreta las declaraciones de voluntad de los otorgantes, adaptándolas a las formalidades jurídicas necesarias para que tengan plena eficacia.

• *Los funcionarios encargados de los registros*. Sin duda, el registrador de instrumentos públicos o su equivalente, los encargados del registro mercantil o del registro de la propiedad industrial y todos los demás funcionarios que deben registrar documentos, incluso los secretarios de las sociedades anónimas y otras que llevan registro de accionistas o de socios, son destinatarios de las normas de interpretación. Su labor de registro les exige una calificación previa y esa calificación implica abordar la tarea interpretativa. En su actividad deben atender a la expresión del negocio jurídico que recoge las voluntades de los partícipes, sin tener en cuenta versiones unilaterales y posteriores de las partes.

7. La interpretación del contrato mercantil

En países como Colombia, donde se presenta una dicotomía legislativa al existir normas generales sobre obligaciones y contratos en el Código Civil, además de un cuerpo complementario en el Código de Comercio a la usanza en los códigos decimonónicos que siguieron la legislación napoleónica en materia mercantil, es necesario plantearse el problema de ¿cuáles son las normas que regulan la interpretación del negocio jurídico mercantil?

La respuesta de primera mano la ofrece el mismo Código de Comercio en el artículo 822, cuando señala: "Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, *interpretación,* modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa". (Bastardilla nuestra).

Sin duda hay una remisión directa a la norma civil en materia de interpretación del contrato, y esa norma remitida se incorpora a la legislación mercantil adquiriendo el carácter de tal, es decir, de ley mercantil.

Pero sucede que también el Código de Comercio en su parte general e introductoria a las obligaciones mercantiles consagra unos principios generales como: el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la buena fe, etc., que tienen en su aplicación un papel interpretativo. Sin duda estos principios tienen incidencia en la operación interpretativa del negocio jurídico, y es necesario precisar cuál es el papel que cumplen y qué sucede con las normas civiles para la interpretación del contrato, que se incorporan al Código de Comercio en virtud de la remisión del artículo 822. Hay que saber si las complementan, si están por encima de ellas o si por el contrario, son reglas secundarias de conducta, tema que será objeto de reflexión en nuestro siguiente capítulo. Por el momento, basta señalar que los principios generales cumplen una función de interpretación, no solo del derecho, sino también de los actos y declaraciones de voluntad.

Al respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:[43]

"A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios —o directrices— que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, «los contratos deberán celebrarse y ejecutarse *de buena fe,* y en consecuencia, obligarán no solo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo *lo que corresponde a su naturaleza,* según la ley, la costumbre o la equidad natural» (se destaca), o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aun la exenta de culpa".

[43] Sent. de 28 febrero 2005, cit.

8. La función interpretativa de los principios generales del derecho

Se vive la época de un Estado constitucional de derecho amparado en principios generales[44]. Por ello se ha dicho que, en este momento de la historia del derecho, las reglas generales o fundamentales han tomado un nuevo aire para renovar muchas instituciones jurídicas, alcanzando una función trascendente que antaño no era tan esencial.

Lo primero que destaca es que la perspectiva de su función, la de los principios generales, se amplía en forma considerable, superando su función tradicional de ser reglas para la integración del orden jurídico honrando el principio de plenitud hermética, para cumplir otros importantes papeles y quizás más protagónicos en la sociedad contemporánea.

Así se señala un papel creador que cumplen dichos principios, inspirando las formulaciones jurídicas, sirviendo de base a la elaboración de las leyes y decretos que las reglamentan. No puede haber regla sin un principio que la inspire.

Pero no menos importante es la función de interpretación que cumplen los principios generales, referida no solo a la ley, sino también a los actos y negocios jurídicos. Según Esser[45], "Estén o no codificados, los principios que sitúan a una determinada norma en su contexto debido, forman parte del ordenamiento mismo y se manifiestan, por vía de interpretación, como derecho vigente, no como derecho que debe ser creado. De ahí que los redactores de nuestro BGB suprimieran, como la cosa más natural, la remisión a los principios que se desprendan del espíritu del ordenamiento, tal como era corriente en las codificaciones anteriores y hacía aún el parágrafo 1º del Proyecto".

En cuanto a la orientación de la labor interpretativa de los principios, algunos opinan que estos señalan el método interpretativo de las normas del ordenamiento jurídico y por tanto indican en cada caso qué norma de interpretación se debe aplicar[46]. Otros van más adelante señalando: "Creemos que más que determinar las fórmulas de interpretación, los

[44] Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil,* 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999, pág. 33.

[45] Citado por Hernán Valencia Restrepo, *Nomoárquica, principialistica jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 81.

[46] Federico de Castro y Bravo, *Derecho civil de España. Parte general,* 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 474.

principios sirven de guía al intérprete para revisar y juzgar el resultado, para contrastar la interpretación obtenida y verificar si ella es conforme a la sustancia de los mismos. En realidad, los principios en materia de interpretación cumplen una misión sustancial y no meramente relativa a la forma"[47].

Miremos algunos de estos principios generales en su papel de interpretación:

• *La buena fe*. Si las partes están obligadas a comportarse con buena fe en el período precontractual (C. de Co., art. 863) y al momento de la formación del negocio jurídico (art. 871, *ibid.*), la interpretación del negocio que convienen debe sujetarse al mismo principio que la inspira.

Ya se preguntaba el profesor Federico de Castro[48] si habría que tener o no en cuenta la buena fe para interpretar los negocios jurídicos. En su reflexión evoca el principio traído por García Goyena, señalando: "La equidad y la buena fe son el alma de los contratos". Advierte el citado profesor que aunque el Código Civil no menciona en el capítulo que dedica a la interpretación de los contratos la buena fe, ello no quiere decir que no se puedan tener en cuenta al interpretar el contrato, pues la función general que se atribuye al precepto y el silencio del capítulo que trae las normas de interpretación "se explican porque el recurso de la buena fe no es instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga, como si fuera querido, lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe".

El código italiano de 1942 trae norma expresa que indica que los contratos deben interpretarse de buena fe (art. 1366).

Ahora, ¿qué es lo que concretamente puede hacerse con el principio general de la buena fe al momento de interpretar un contrato? La respuesta se puede dar en dos supuestos, a saber: cuando no hay regulación y cuando existe la necesidad de corregir una regulación que desatiende el deber de buena fe. En estos eventos el principio actúa como complementador del precepto contractual y como su corrector. Esto es lo que algunos llaman la integración del negocio[49].

[47] Delia Matilde Ferreira Rubio, *La buena fe,* Madrid, Montecorvo, l984, pág. 50.

[48] De Castro y Bravo, *El negocio jurídico, op. cit.,* pág. 89.

[49] Ferreira Rubio, *op. cit.,* pág. 200.

También por la interpretación se pretende descubrir el sentido de una declaración; ya no es el caso de un vacío, sino de una expresión que se presta para confusiones. En este caso la interpretación puede actuar por vía correctora, pero sin alcanzar el mismo grado de la complementación por vía de integración. La complementación en este caso no altera la sustancia de la declaración, se concreta en aspectos secundarios, para perfeccionar defectos de expresión[50]. La doctrina citada reduce el tema a la siguiente fórmula: "Para hacer más clara la diferenciación entre estas dos operaciones, diremos que la interpretación procede a corregir cuando se da el supuesto: «idea clara/expresión defectuosa»; la integración, en cambio, tiene su base en el supuesto: «idea oscura o contraria a la buena fe»".

¿Qué será interpretar el negocio jurídico de buena fe? Son variadas las respuestas doctrinales a este interrogante. De acuerdo con GORPHE[51], "interpretar los actos jurídicos según la buena fe es, sobre todo, buscar y respetar la verdadera intención del declarante o de las partes". Es discutible este planteamiento, porque entonces qué sucedería si la declaración de voluntad fuera contraria a la buena fe.

Otros autores[52] señalan: "En nuestra opinión, la interpretación de los contratos y demás declaraciones de voluntad de acuerdo a [*sic*] la buena fe no implica tanto la remisión al espíritu que movió al o a los emisores de la declaración, sino a lo que de acuerdo con la buena fe quiso decirse".

Señala sobre este punto la doctrina argentina[53]: "Pero si acerca de cómo se ha de ejecutar la prestación, y consecuentemente cómo se ha de exigir su cumplimiento, las partes nada han estipulado, y el ordenamiento legal carece de regulación explícita, en todos los casos, el principio de buena fe será directiva rectora para el intérprete, en especial respecto a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Como se observa, es un debate entre criterios subjetivos y objetivos. Opinamos que ambos criterios deben estar en la respuesta a la pregunta enunciada atrás. Sin duda, la voluntad de las partes debe estar signada

[50] FERREIRA RUBIO, *op. cit.,* pág. 200.

[51] Citado por FERREIRA RUBIO, *op. cit.,* pág. 201.

[52] FERREIRRA RUBIO, *op. cit.,* pág. 202.

[53] RUBÉN S. STIGLITZ, y otros, *Contratos,* t. I, Teoría general, Buenos Aires, Depalma, 1990, págs. 465-466.

por el mismo principio, pero como se trata de analizar conductas humanas y "humano es errar", puede suceder que la intención de las partes haya sido establecer algo contrario a la buena fe o que se haya desviado de la función económica y social que pretendían realizar como finalidad práctica de su negocio. Allí, la buena fe, como principio hermenéutico, debe corregir lo equivocado. El deber de buena fe no les permite a las partes apartarse de los preceptos propios que el mismo deber implica.

Con seguridad esta postura despierta contradictores, pues se podría pensar que supone darle al juez o al intérprete en general un papel preponderante en el negocio jurídico. Sin embargo, sería la premisa salvadora para los contratos por adhesión. Si las partes deben actuar de buena fe en el momento de celebrarse el negocio jurídico, sin duda, quien impone los términos contractuales debe abstenerse de introducir cláusulas abusivas, y si lo hace estaría faltando al deber de buena fe.

• *El abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa.* Otros principios generales que en el derecho mercantil colombiano quedaron expresamente consagrados (arts. 830 y 831) y que cumplen también la función de interpretación de las declaraciones de voluntad. Veremos en el capítulo siguiente cómo la jurisprudencia toma el principio del abuso del derecho para aplicar justicia en los contratos por adhesión.

Los principios generales, como reglas de interpretación, enriquecen la labor interpretativa de las declaraciones de voluntad y en cierta forma modifican muchos paradigmas que existen sobre ellas. No podrá, a partir de estos, afirmarse que las reglas clásicas contenidas en el Código Civil son imperativas, cuando hay principios generales que pueden replantearlas, y mucho menos que son taxativas. Los principios generales las complementan y a veces las desplazan como puede ocurrir en los contratos por adhesión. Tampoco puede decirse, en consecuencia, que el principio general sea una regla secundaria de conducta, en lo tocante a la interpretación, pues resulta que algunas veces es preponderante.

Tendencias contemporáneas sobre la interpretación del contrato integran de la siguiente manera la función que cumplen los principios generales en la labor interpretativa[54]": Tanto en la ley como en el negocio existe un contenido normativo que el intérprete busca, precisamente, descubrir y sacar a la luz, así como intentar aprehender los nexos existentes entre las normas y rastrear los principios generales latentes en el sistema de las normas".

[54] Ferri, *op. cit.,* pág. 175.

9. La interpretación en el contrato por adhesión

Admitida por la doctrina y la jurisprudencia la clasificación de los contratos en de libre discusión y contratos por adhesión, una de las consecuencias inmediatas de los efectos de tal distinción es que las normas de interpretación clásicas deben complementarse, matizarse y armonizarse cuando se está en presencia de los segundos.

Los contratos por adhesión plantean un problema, que es el platillo predilecto del derecho privado contemporáneo. Dentro de ese problema se concreta un aspecto relativo a qué hacer con las llamadas cláusulas abusivas[55].

Para buscar una solución a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, se ha tratado de utilizar algunas de las reglas establecidas en las legislaciones de corte liberal, concretamente el artículo 1624, párrafo 2º, de la legislación civil colombiana, que establece el principio de responsabilidad en el negocio jurídico, cuando dispone que quien redacta produciendo la ambigüedad, es merecedor de una interpretación en su contra y en favor de quien no la produjo, similar al que existe en todas las demás legislaciones de corte liberal.

Federico de Castro[56] se refiere a este principio de la siguiente manera: "Esta regla se ha valorado como prueba de que en el Código se atiende a la responsabilidad resultante de una indebida conducta negocial (incumplimiento del deber de hablar claro). En la práctica ha servido para facilitar protección a quienes aceptan contratos de contenido preestablecido (por uno de los contratantes), así en los contratos de adhesión y en las cláusulas generales de contratación".

Si bien en otros países esta pauta interpretativa puede haber servido para equilibrar los contratos por adhesión cuando presentan cláusulas abusivas, no ha sucedido lo propio en Colombia, pues con un criterio bastante liberal, se ha dicho que una cláusula abusiva no presenta un problema de ambigüedad ni de oscuridad, sino por el contrario, se estaría en presencia de una disposición clara, pero claramente abusiva.

Así aparece sentado el criterio en una clásica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[57] en la que admite el fenómeno de los

[55] Sobre el tema del problema de los contratos por adhesión, las cláusulas abusivas, posibles soluciones, *vid.* Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles,* t. ii, Medellín, Diké, 2004, págs. 51 y ss.

[56] De Castro y Bravo, *El negocio jurídico, op. cit.,* pág. 88.

[57] Sent. de 29 agosto 1980, M. P. Humberto Murcia Ballén.

contratos por adhesión pero mantiene los moldes clásicos de interpretación que trae el Código Civil, sin permitir que el principio de la responsabilidad de quien formula causando la oscuridad pueda emplearse para desestimar las cláusulas abusivas.

"Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea, investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

"En dicha labor de hermenéutica, la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes.

"Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se toma inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes.

"Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro [*sic*] de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

"Se ha dicho con estrictez que el contrato por adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre

y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquel una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptarlo o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas.

"Y es de verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido anteladamente. Pero que de ello sea así no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento.

"Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Mas este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se toman intangibles para el juez. Pueden aparecer para este exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios".

Sin duda alguna, la Corte Suprema de Justicia en esta oportunidad reconoce que es necesario clasificar los contratos en los de libre discusión y los de adhesión y que de ello deben derivarse conceptos y consecuencias diferentes. Pero todavía no ofrece solución alguna a los problemas que presenta la contratación estándar, principalmente el desequilibrio contractual entre las partes. El contrato lo deja intangible para el juez en aras de respetar la autonomía de la voluntad.

Luego, la Corte Suprema de Justicia[58] vuelve sobre el tema en los siguientes términos:

"Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico

[58] Sent. de 19 octubre l994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, t. CCXXXI, pág. 474.

que «[...] barrenando los principios liberales de la contratación [...]» como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios,* cap. I, num. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de esas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza deposita depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitará por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del C. de Co., está obligada a indemnizar".

Observamos en esta jurisprudencia un avance importante. Con fundamento en el principio general del abuso del derecho, se puede reclamar el perjuicio que cause el ejercicio abusivo del poder dominante de las entidades bancarias, en su contratación con los usuarios de sus servicios. Pero todavía sigue en pie el cuestionamiento: ¿qué hacer entonces con las cláusulas abusivas?

En más reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia[59] insiste en la conducta abusiva de quien introduce al celebrarse un contrato las llamadas cláusulas abusivas, a propósito de un contrato de seguros y trata una de ellas en particular con claridad y precisión. Observemos algunos apartes de esta importante jurisprudencia:

"Tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de [*sic*] la adhesión a condiciones generales de contratación, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual (Lukes).

"[...] En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria —entre otras denominaciones más enderezadas a relievar el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual— de una cláusula que,

[59] M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 2 de febrero 2001.

como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica —o tarifaria—, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava —sin contrapartida— en que aquellos pueden solicitar al asegurador que cumpla con su obligación de «pagar el siniestro», concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (*onus probandi*).

"[...] Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de «las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas»".

Obsérvese la evolución que viene presentando la jurisprudencia colombiana, al pasar de la aplicación estricta e imperiosa de los cánones interpretativos clásicos de corte liberal establecidos en el Código Civil a principios generales que tratan de aplicar justicia contractual, como el caso del abuso del derecho.

Pensamos que podría avanzarse más, como acudir a otros principios, el de la igualdad y el de la buena fe, para interpretar la cláusula abusiva en el contrato por adhesión, en favor del adherente, incluso para desecharla, tal como lo advertimos anteriormente cuando nos referimos al papel de los principios generales en la interpretación del contrato.

En otros sectores de la doctrina latinoamericana se escuchan propuestas, todavía más audaces, aunque un poco gaseosas para nuestra tradición jurídica, pero de todas maneras posibles de defensa por acudir a principios generales, como el de la "equidad" para efectos de interpretar este tipo de contratos. Observemos el pensamiento del profesor MOSSET ITURRASPE[60]: "La interpretación del contrato por adhesión plantea —ante el silencio de la ley acerca de esta modalidad en la formación del acuerdo unida este silencio a la vigencia de la norma sobre autonomía de la voluntad y fuerza interpretativa (artículo 1197) y a las particularidades que muestra, en la materia, el aprovechamiento del mayor poder de negociación— serios problemas a la magistratura que, en nuestra opinión, solo encuentran solución recurriendo a la equidad".

[60] JORGE MOSSET ITURRASPE y CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA, *El contrato en una economía de mercado*, Perú, Normas Legales, 2004, pág. 308.

Aparece un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en la sentencia de 14 de diciembre 2011[61], en la cual se ocupa la Corte en el tema de la posición dominante en los contratos, marcando una nueva ruta de lo que puede hacerse judicialmente para procurar el equilibro de estos. También advierte la Corte cómo debe interpretarse el contrato por adhesión y cuáles deben ser las pautas para ello con fundamento en el deber de buena fe.

En primer lugar insiste en que hay posición dominante cuando: 1) una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y 2) cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.

Advierte además la Corte que el hecho de ejercer dicha posición de privilegio en el contrato le exige a quien la ostenta, un mayor miramiento con los usuarios, de tal manera que la buena fe no le permite abusar de su posición de privilegio.

Si lo hace, introduciendo cláusulas abusivas, estas deberán ser invalidadas por el juez, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta. Advierte además que no es facultativo para el juez equilibrar el contrato. Es imperioso de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

Para concluir, la jurisprudencia se orienta por una teoría que pueda permitir al fallador una presencia más decisiva en el contrato de adhesión con respecto a las cláusulas abusivas, con fundamento en el artículo 871 del Código de Comercio, que le agrega al clásico precepto de la buena fe que debe acompañar a las partes en la ejecución de los contratos, ya predicado por el artículo 1603 del Código Civil, una simple palabra: "celebrarse". Con ello dice todo, puesto que celebrar el contrato de buena fe implica abstenerse de introducir cláusulas abusivas; otra cara de la moneda nos dice que está prohibido para el formulante introducirlas. Desatender lo prohibido vicia por objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y el objeto ilícito genera nulidad absoluta, que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto.

Todo lo anterior, mientras entraba en vigencia la ley 1480 del 2011, que entró a regir desde abril de 2012.

Señala la Corte: "Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios

[61] C. S. de J., sent. ref. 110013103014 2001 -01489-01, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta corporación[62]. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de esta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige.

"Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código de Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica.

"En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado sistema de «lista negra», acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de la ley 142 de 1994, o también a la idea general adoptada en la ley 1480 de 2011, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.

"Por lo pronto, en la situación actual del sistema legal de los contratos, ausente de una regulación propia para el contrato por adhesión, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011), lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del

[62] *Vid.* sents. 125 de 19 de octubre de 1994 "G. J.", t. CCXXXI, págs. 709-777, exp. 3972, y 002 de 2 de febrero de 2001, exp. 5670.

contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes.

"Pero no se trata de una función discrecional para el juez, o que pueda soslayarla bajo la disculpa de respetar la autonomía privada de las partes, que le veda una intromisión en el contrato so pretexto de interpretarlo. El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no solo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales, como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas.

"El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para este".

Una de las grandes falencias de los sistemas liberales era precisamente que las normas de interpretación contractual estaban diseñadas para contratos de libre discusión, no para contratos por adhesión. Por más esfuerzos interpretativos que se intentaron para tratar de adaptar los viejos preceptos hermenéuticos a los contratos por adhesión, siempre hubo discusión. Se intentó construir una interpretación favorable al adherente con fundamento en la equidad. No obstante el respeto debido por el intérprete a la autonomía contractual y el dique que se le imponía al juez en materia interpretativa cuando existían preceptos claros, permitiéndole solamente su intervención ante cláusulas ambiguas u oscuras, se convirtieron en serias dificultades para encontrar este tipo de reglas hermenéuticas en favor de los consumidores.

La ley 1480 de 2011 llena este vacío y pone punto final a la discusión. Las cláusulas abusivas en adelante se interpretan en favor de los adherentes en este tipo de contratos:

"Artículo 34.—*Interpretación favorable.* Las condiciones generales de los contratos *serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor.* En caso de duda, *prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor* sobre aquellas que no lo sean".

10. La función interpretativa y su ataque en casación

La doctrina se enfrasca en la discusión sobre si interpretar la declaración de voluntad es cuestión de hecho o derecho. Los que se orientan por sostener que se trata de una cuestión de derecho advierten que lo que se trata de interpretar es la declaración de voluntad, descartando la posibilidad de que los actos jurídicos se apoyen en la pura voluntad de los otorgantes; no se trata, según ellos, de obtener la prueba de la intención, sino de obtener el recto sentido de la declaración, y esa interpretación es una cuestión jurídica[63]. Y agregan, si el contrato es ley para las partes, el problema es de interpretar una norma, es una cuestión *in jiure*, en la medida en que la declaración de voluntad tiene el carácter de regla jurídica. Además, las preceptivas legales sobre cómo deben interpretarse los contratos no son meros consejos, sino preceptos obligatorios; por tanto, su interpretación es una verdadera *questio iuris*. Se añade que ante los contratos por adhesión, en los que aparecen cláusulas de estilo y cláusulas abusivas, la cuestión de inaplicabilidad de la ley puede ser todavía más precisa, para obtener la uniformidad por medio del ataque en casación.

En España se ha sostenido que la interpretación del contrato es susceptible de ataque en casación, aun distinguiendo la interpretación de la fijación de los hechos, siendo esta segunda la tarea previa para determinar cuáles fueron los actos que constituyeron la conducta declaratoria del sujeto que emite su declaración de voluntad y luego se procedería a la calificación jurídica de la declaración de voluntad y a su sometimiento a las normas vigentes.

Otros criterios se orientan por señalar que indagar la verdadera intensión de las partes es cuestión de hecho que compete en su autonomía a los tribunales de instancia y, por ende, es ajena al ataque en casación. Pero si el tribunal se aparta del examen de la verdadera intensión de las partes, por motivos de equidad u otras razones, al poner en juego el principio de autonomía de la voluntad y sus límites, el recurso de casación sería viable[64]. También lo sería para la calificación del régimen legal correspondiente o para la adecuada aplicación al régimen legal de interpretación contractual a los hechos, tal como han sido acreditados dentro del proceso.

[63] CIFUENTES, *op. cit.,* pág. 247.

[64] CIFUENTES, *op. cit.,* pág. 248.

En la jurisprudencia alemana se mantiene, en principio, el criterio de que la interpretación del negocio jurídico hecha por el juez no es susceptible de examinarse en casación, pues en este recurso extraordinario solamente se la podría revisar en tanto se alegara la aplicación incorrecta de una norma legal, de una ley general de pensamiento o de una máxima de la experiencia[65]. "Es aceptable la idea de que existe una diferencia en preguntar qué ha sucedido efectivamente (cuestión de hecho), y preguntar cómo hay que calificar lo sucedido según los módulos de apreciación jurídicos"[66].

En la jurisprudencia argentina, la interpretación del negocio jurídico es una cuestión de hecho y se observa la tendencia a eludir la intervención del Tribunal de Casación. Por excepción se ha atendido el recurso, cuando en algunos supuestos excepcionales se consideró que era una cuestión de derecho o porque de la interpretación se seguían consecuencias contrarias a ella[67].

En Colombia se considera que la interpretación del contrato atañe al juez, y esta labor la ejercita en su plena autonomía; es el ejercicio que realiza conforme a la sana crítica para llegar a un convencimiento sobre el negocio que las partes cumplieron. Esa autonomía del juez en la valoración de las pruebas y apreciación de los hechos puede ser rebatida en la segunda instancia, pero en principio no es susceptible de ser atacada en casación. Solo cuando en la labor interpretativa el juez se rebela contra los preceptos interpretativos y deduce del acto jurídico celebrado entre las partes, cometiendo manifiesto y trascendente error de hecho, habiendo lugar a un ataque en casación.

Sobre el tema ha sentenciado la Corte Suprema de Justicia[68]:

"1. En numerosas ocasiones la Corte ha precisado que la interpretación de los contratos —en línea de principio rector— es tarea confiada a la «[...] cordura, perspicacia y pericia del juzgador» (CVIII, 289), a su «discreta autonomía» (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborío «no es susceptible de modificarse en casación, sino a través [*sic*] de la demostración de un evidente error de hecho» (CXLII, 218 Cfme: CCXL, 491, CCXV, 567).

[65] Cifuentes, *op. cit.,* pág. 249.

[66] *Ibid*.

[67] *Ibid*.

[68] Sent. de 28 febrero 2005, cit.

”Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, *per se,* tenga plena o irrestricta libertad para buscar la *communis intentio* de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete.

”Desde luego que si el juez, tras examinar y aplicar las diversas reglas de hermenéutica establecidas en la ley, opta por uno de los varios sentidos plausibles de una determinada estipulación contractual, esa elección, en sí misma considerada, no puede ser enjuiciada ante la Corte, so pretexto de una construcción más elaborada que pueda presentar el demandante en casación, en la medida en que, en esa hipótesis, la decisión judicial no proviene de un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, sino que es el resultado del ejercicio de la discreta autonomía con que cuenta el juzgador de instancia para la interpretación del contrato”.

11. La interpretación del contrato y los derechos fundamentales

La autonomía que tiene el juez para interpretar el contrato, en la medida en que, salvo evidente y trascendente error de hecho, no le permite ser atacada en casación, tampoco puede dar lugar a que por su ejercicio se incurra en una vía de hecho que dé lugar a la violación de un derecho fundamental como lo es el debido proceso.

Sobre la interpretación de ley, perfectamente aplicable al tema en examen, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de Colombia[69]:

“1. Se tiene como cosa cierta que la interpretación razonada y razonable que hagan los jueces en torno de una regla jurídica, descarta, *in radice*, la configuración de una vía de hecho, único supuesto que autoriza la intervención del juez constitucional en asuntos de competencia de otras jurisdicciones, pues es claro que la acción de tutela, en línea de principio, no procede contra providencias judiciales.

[69] Sent. 10 febrero 2005, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, exp. T- 11001220 30002004-01000-01.

”Pero también es asunto pacífico que los jueces, al interpretar la ley, no pueden optar por aquella postura que conculque los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la garantía constitucional que tienen las partes a un debido proceso, así como el derecho de acceder a la administración de justicia. Por muy explicativa —o argumentada— que sea una providencia, si ella encuentra respaldo en una interpretación que cercena o restringe uno de tales derechos, esa decisión, *per se,* no es susceptible de aval constitucional, de modo que pueden ser limitados o suprimidos sus efectos por el juez de tutela, quien, además, debe disponer que el funcionario respectivo ajuste sus determinaciones a los mandatos de la Carta Política y de la ley. Esa, en efecto, es su específica misión tutelar”.

Si el juzgador tiene autonomía para la interpretación de la ley, con mayor razón lo acompaña la misma autonomía para interpretar la disposición contractual; al fin de todo, se trata de una norma dispuesta por las partes en ejercicio de su potestad normativa.

Más concretamente, sobre la interpretación del contrato, ha señalado la Corte Suprema de Justicia[70]: “Cabe recordar, por ende, que es facultad inherente a la autonomía del juzgador interpretar la voluntad contractual de las partes cuando estas entran en conflicto, de suerte que cuando la conclusión respectiva se apoya en sólidos fundamentos y es fruto de un cuidadoso estudio, no cabe encontrar arbitrario dicho proceder”.

En conclusión sobre este punto, no puede el juez de tutela, so pretexto de un entendimiento diferente, invadir el campo funcional del administrador de justicia. La autonomía del juez natural no puede ser invadida por el juez constitucional, so pretexto de aplicar otro criterio hermenéutico. Una intromisión de esta estirpe equivaldría a torpedear el principio de la autonomía de los jueces.

“Jurisprudencia:

Ponente(s) : Silvio Fernando Trejos Bueno
Sentencia núm. : 079
Fecha : 08 de mayo 2001
Interpretación de los contratos —deber del juez—.

”La labor interpretativa del juez cobra significación trascendental cuando el contrato celebrado entre las partes es complejo y, por serlo,

[70] Sent. de tutela de 17 febrero 2004, M. P. Silvio Fernando Trejos B, sent. de tutela de 5 octubre 2004, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, proceso 01051; sent. de 6 julio l999, M. P. Rafael Romero Sierra, proceso 6555.

no se ajusta a ninguno de los contratos típicos, evento en el cual debe imperar la facultad judicial de calificar los contratos, la cual consiste en el deber que incumbe al fallador de desentrañar el sentido, la significación o alcance de las declaraciones de voluntad, o el comportamiento de los contratantes, con el fin de determinar los efectos jurídicos de aquellas o de éste.

"[...] En dicha tarea, como lo ha expuesto insistentemente la doctrina, el criterio normativo que debe guiar al juzgador ha de encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad convencional, indagando, dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que se propusieron las partes al ajustar la convención" ("G. J.", t. CXLII, pág. 102).

En esos casos el juez debe valerse de las declaraciones de voluntad en cuanto puedan reflejar la común intención de las partes, y de la forma como estas hayan ejecutado las prestaciones convenidas, o de cualquier otro medio de convicción que permita realizar un escrutinio que tiende a esclarecer de modo suficiente cuál es el verdadero vínculo jurídico que las ata; y de no ser ello posible, debe acudir a los principios generales de derecho, la costumbre y la equidad. Sea lo que fuere, la labor de hermenéutica judicial que así se realiza, cuando se pretende confrontar en casación, debe ser analizada siempre en la inteligencia de que "como la interpretación de los contratos es cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que haga el Tribunal no es susceptible de modificarse en casación, a menos de aparecer de modo manifiesto en los autos que el sentenciador en su apreciación incurrió en ostensible error de hecho" (sentencia citada). Véase: sent. "G. J.", t. CXLII, pág. 102.

12. BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO: *Contratos mercantiles*, t. II, Medellín, Ediciones Jurídicas Diké, 2004.

BETTI, EMILIO: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s. d.

CIFUENTES, SANTOS: *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. VI, t. XII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

— *Derecho civil de España*, Parte general, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955.

Ferreira Rubio, Delia Matilde: *La buena fe*, Madrid, Montecorvo, 1984.

Ferri, Luigi: *La autonomía privada*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

Messineo, Francesco: *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

Mosset Iturraspe, Jorge y Soto Coaguila, Carlos Alberto: *El contrato en una economía de mercado*, Perú, Normas Legales, 2004.

Stiglitz, Rubén S. y otros: *Contratos*, t. I, Teoría general, Buenos Aires, Depalma, 1990.

Valencia Restrepo, Hernán: *Nomoárquica, principialistica jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2005.

Vallespinos, Carlos Gustavo: *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1984.

Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil*, 3ª ed., Madrid, Edit. Trotta, 1999.

Jurisprudencia

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 noviembre 1983, M. P. Héctor Gómez Uribe.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 septiembre 1940, "G. J.", t. L, pág.105.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 agosto 1980, M. P. Humberto Murcia Ballén.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 octubre 1994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1º agosto 2002, M. P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6907.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de julio de 2005, exp. 050013110003-1998-00707-01, M. P. Jaime Alberto Arrubla.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 28 febrero 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp. núm. 7504.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, cas. civ. de 14 agosto 2000, exp. 5577.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, cas. civ. de 14 septiembre 1998, M. P. Carlos Esteban Jaramillo, "G. J.", t. 255, núm. 2494, exp. 5068.

Capítulo IX

Extinción del contrato

Luis Carlos Gamboa Morales*

1. Qué debe entenderse por extinción del contrato

El artículo 1602 del Código Civil indica que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Parece desprenderse que la extinción del contrato puede ocurrir tan solo por dos vías: una, en virtud del mutuo consentimiento de las partes, y otra, por la ocurrencia de las causas expresamente previstas en la ley, que corresponden, de manera general, a la anulación o a la resolución.

De acuerdo con Massimo Bianca, "la extinción del contrato indica, en general, pérdida definitiva de eficacia del contrato. Las dos figuras fundamentales de extinción del contrato son la anulación y la resolución. La anulación extingue el contrato por causa de invalidez (núm. 343), mientras que la resolución extingue el contrato por un evento impeditivo de la relación. De manera precisa, la anulación golpea el contrato jurídicamente irregular, mientras que la resolución disuelve la relación contractual por un evento incompatible con su desarrollo (desistimiento, incumplimiento, imposibilidad sobrevenida, etc.)"[1].

* Abogado de la Universidad de los Andes (1981). Estudios en The Southwestern Legal Foundation-International and Comparative Law Center-Dallas en 1991. Fue miembro de la firma de abogados Hernando Devis Echandía & Asociados (1978-1982). Socio fundador de Gamboa & Chalela (antes Gamboa, Chalela & Gamboa), firma a la que ha estado vinculado desde su creación en 1983 hasta la fecha, en la cual ha ejercido la profesión en forma independiente con énfasis en la asesoría corporativa, societaria y contractual. Profesor de la Universidad de los Andes en la cátedra Contratos Civiles y Mercantiles desde 1988 hasta 1993 y en la de Obligaciones desde 2012 hasta la fecha. Integrante del panel de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ante el cual ha intervenido en múltiples procesos arbitrales, tanto como árbitro como abogado de parte.

[1] Massimo Bianca, *Derecho civil,* t. iii, *El Contrato*, trad. de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 753.

MARCEL PLANIOL se refiere al tema así: "*Las causas que ponen fin a los contratos obran de dos maneras diferentes*: 1) A veces el contrato es destruido retroactivamente; se borran los efectos que había producido en el pasado, y las cosas deben volver al mismo estado que tendrían de no haberse celebrado nunca; 2) a veces el contrato únicamente se destruye para el futuro; cesa de producir nuevos efectos, pero los que había producido ya en el pasado subsisten.

"Las causas retroactivas son dos: la anulación, que existe en virtud de la ley, y la resolución, que opera por voluntad de las partes, cuando solamente han consentido en el contrato de una manera condicional.

"Las causas que ponen fin al contrato sin retroactividad son también dos: la revocación o la resiliación. Estas últimas solo se aplican a algunos contratos particulares"[2] (bastardilla fuera de texto).

Recientemente, FABRICIO MANTILLA recuerda cómo "los ordenamientos jurídicos de origen romano-germánico cuentan con algunas disposiciones que consagran la extinción «terminación» de un contrato por ciertas vicisitudes concernientes al ejercicio de la competencia para crear convenciones"[3].

Al tratar el tema de la disolución de los contratos, el profesor LOUIS JOSSERAND puntualiza que es necesario dejar de lado los contratos inexistentes, pues lo que no existe no se disuelve, y los modos de extinción de las obligaciones, pues en este caso cuando "las obligaciones procedentes de un contrato se ejecutan por ambas partes, no puede decirse que se disuelva el contrato; ha producido su plenitud de efectos, sin duda, pero existe siempre [...]"[4].

Las formulaciones anteriores resultan apropiadas, pero en nuestro criterio, las causas de extinción de los contratos, entendida esta como la pérdida de su eficacia, no pueden limitarse a las que se desprenden del artículo 1602 del Código Civil; es decir, no se puede restringir la extinción de los contratos a aquellos eventos en los que concurre el consentimiento recíproco de las partes para restarle eficacia, o a las

[2] MARCEL PLANIOL, *Tratado elemental de derecho civil,* 12ª ed., t. v, trad. de José M. Cajicá, México, D. F., Editora Elysan, 1947, pág. 141.

[3] FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, "Introducción" a la Primera parte, en *La terminación del contrato* (Jorge Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa, Dirs.), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, pág. 13.

[4] LOUIS JOSSERAND, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones,* t. I, trad. de Santiago Cunchillos y Manterota, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984, pág. 234.

causas previstas en la ley que usualmente apuntan a la anulación o a la resolución, esto es, a la disolución del contrato, pues ellas no son suficientes para explicar el fenómeno, motivo por el cual se imponen algunas reflexiones adicionales. Si se amplía el radio de visión, vamos a encontrar que hay otras que generan los mismos efectos. Si como lo señala Josserand, un contrato que se ejecutó por ambas partes produjo la plenitud de sus efectos, debe concluirse también que una vez ejecutado dejará de producir efecto alguno enmarcándose también como una causa de extinción de los contratos.

A manera de introducción, digamos que el criterio de diferenciación entre la pérdida definitiva de eficacia jurídica de un contrato y disolución de este, para asignar a esta última (ya sea por anulación o por resolución) el alcance de causa exclusiva de "extinción del contrato", no parece explicar íntegramente el fenómeno. No hay duda de que un contrato invalidado por el mutuo consentimiento de las partes surtió plenamente sus efectos hasta cuando se convino en sustraerle su eficacia. Es decir, se le restó efectividad hacia el futuro y por tanto —de seguirse el criterio anterior—, sería impropio admitir el mutuo consentimiento como mecanismo de extinción de los contratos. Lo mismo podría predicarse de un contrato de tracto sucesivo que fue incumplido y fue reconocida su terminación por el juez: en ambos casos el contrato se extinguió hacia el futuro, es decir, no producirá efectos hacia adelante. Los dos, reconocidos casos de extinción de los contratos, permiten preguntarse si no hay otros motivos o causas que extingan o hagan cesar los efectos jurídicos de un contrato, que equivalgan a los previstos en el artículo 1602 y que tengan idénticos o similares consecuencias. La respuesta es afirmativa y, como veremos, hay otros que producen la misma solución jurídica. Este tema será el centro de este capítulo.

Por extinción del contrato debe entenderse la terminación del vínculo jurídico que ata, con idéntica fuerza que la ley, a los contratantes, o el reconocimiento legal o judicial de que el negocio celebrado no podía generarlo y, por consiguiente, la pérdida definitiva de la capacidad que la ley le reconoce al negocio jurídico de continuar produciendo efectos jurídicos, de mantener atados a los contratantes, ya sea con efectos retroactivos o futuros. En esta definición encontraremos diversos eventos que superan las dos vías propuestas por el artículo 1602 del Código Civil[5].

[5] En el mismo sentido, véase Ricardo Uribe Holguín, *De las obligaciones y de los contratos en general,* 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 250.

Así y en primer lugar, si como sostiene ALESSANDRI al referirse al artículo 1438 del Código Civil chileno, "el objeto del contrato es crear obligaciones" y el objeto de estas es "la prestación que [...] puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa"[6], es natural concluir que extinguidas aquellas, por satisfacción y agotamiento de su objeto, o por cualquier otro mecanismo de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1625 del Código Civil —incluso no solo el acuerdo de las partes en lo que parece una repetición de lo dispuesto en el artículo 1602, sino los restantes que trae dicha norma—, también significará que habrá fenecido el contrato. La capacidad del contrato de continuar produciendo efectos jurídicos —al igual que en los casos de terminación de los contratos de tracto sucesivo o de resiliación por el mutuo consentimiento— habrá cesado. Norma similar al artículo 1438 del Código Civil chileno se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano, en particular en el artículo 1495 del Código Civil, y por ende comentario del mismo rango resulta pertinente.

La misma consecuencia se alcanza cuando el contrato se extingue por la ocurrencia de eventos —condicionales o modales— previstos libremente por las partes y por el vencimiento del plazo establecido como término durante el cual debe tener eficacia jurídica. Alcanzados uno y otro, es evidente que el vínculo habrá también desaparecido, y con él la eficacia jurídica del contrato. Nadie podrá dudar de que un contrato a plazo produjo la totalidad de sus efectos, pero que, llegado el día preestablecido, ellos habrán de cesar. Se extinguió, por tanto, el contrato.

También encontraremos que el contrato se extingue, en algunos casos, por la decisión unilateral de uno de los contratantes, e incluso por la ocurrencia de nuevas condiciones no estimadas al momento de su celebración, como sucede en aquellos casos en que resulta de recibo la teoría de la imprevisión. Naturalmente también en los eventos de anulación o resolución del contrato por incumplimiento, con efectos diversos.

La noción de extinción del contrato, como ha sido propuesta, cobija entonces no solo la desaparición del vínculo contractual por el mutuo consentimiento y por causas legales, sino también por el cumplimiento o ejecución de las obligaciones convenidas, o por su extinción en razón de las causas previstas en la ley, o por el mutuo consentimiento, tácito

[6] ARTURO ALESSANDRI R. *et al*., *Tratado de las obligaciones,* 2ª ed., t. I, Santiago de Chile, Imprenta Salesianos, 2004, pág. 46.

o expreso, o por la ocurrencia de los eventos impuestos convencionalmente, incluso los condicionales, modales o plazos, o por la decisión unilateral, o la revocatoria cuando contractual o legalmente está permitido. En todos estos casos, la capacidad de continuar produciendo efectos jurídicos habrá cesado, unas veces con aplicación retroactiva, y otras simplemente hacia el futuro.

2. Extinción de los contratos por agotamiento del objeto contractual

A) *Pago de la obligación*

Como dijimos, el objeto de los contratos es la creación de obligaciones, y a su turno, el objeto de estas es dar, hacer o no hacer una cosa. Cumplido el objeto de las obligaciones, se habrá satisfecho y agotado el de los contratos. Ello sucede por pago de la obligación, ya sea voluntario o forzado. Si al tenor del artículo 1495 del Código Civil el contrato o la convención es "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", es evidente que uno y otra se extinguirán cuando dicho compromiso —el que adquiere una de las partes para con otra— ha desparecido.

La primera y más elemental forma de extinción de los contratos es el cumplimiento atento y diligente de las obligaciones pactadas. Las prestaciones acordadas, y con ellas el contrato, se extinguen por la *solución o pago* (C. C., art. 1625), ello es, por la atención de la "prestación de lo que se debe" (C. C., art. 1626). Cumplida adecuada e íntegramente, como lo impone el artículo 1627 del Código Civil, ninguna eficacia jurídica podrá continuar predicándose del contrato, pues se habrá agotado su objeto. Servirá, eso sí, de fundamento de los derechos adquiridos en virtud del pago de la obligación contraída según el negocio jurídico.

En otras palabras: cuando el contrato ha surtido plenamente sus efectos y sus obligaciones cumplidas, habrá también pérdida del poder vinculante, que jurídicamente ata a las partes, pues nada adicional podrá exigírsele al deudor. De allí se sigue que la ejecución del contrato constituye una causa de su extinción, aun cuando jurídicamente hubiere tenido y conserve reconocimiento, como quiera que sirve de fundamento y origen de los derechos adquiridos por los contratantes.

El pago para que tenga poder liberatorio y capacidad de extinguir la eficacia jurídica del contrato, tal como lo señala el artículo 1627

del Código Civil, debe ser íntegro y hacerse "bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación"; por lo demás, el "acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser igual o de mayor valor la ofrecida" (C. C., art. 1627).

A su turno, el artículo 1649 del Código Civil impone que el pago no puede ser fraccionado y debe comprender no solo el principal, sino la totalidad de sus intereses e indemnizaciones bajo el texto "el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban", lo cual, naturalmente, incluye cualquier penalidad o sanción que se hubiere convenido.

Un tema de innegable valor legal, relacionado con la extinción del contrato y el cumplimiento estricto de atender lo debido, lo constituye el pago de las obligaciones monetarias y la desvalorización de la moneda, aspecto que ya ha sido abordado por diversas decisiones judiciales colombianas. Para explicar el problema, hay dos puntos de vista.

Por un lado, el criterio nominalista, que en la legislación colombiana se refleja en el artículo 2224 del Código Civil[7]. En virtud de él y para sus defensores, el pago de obligaciones de dinero debe satisfacerse con una cantidad igual a la pactada, principio que se sustenta en la salvaguardia de la seguridad jurídica y en la obligatoriedad de los contratos según lo han pactado las partes. El deudor se libera si cancela a su acreedor la suma de dinero establecida convencionalmente, y variarla por causas ajenas a la voluntad de los contratantes abre camino a vaivenes en las relaciones jurídicas y contraviene el principio *pacta sunt servanda*[8].

A su turno, como antítesis de lo expuesto, tenemos la teoría valorista. El tratadista chileno FERNANDO FUEYO LANERI[9] plantea el problema en los siguientes términos[10]: "Si el deudor paga con un número de

[7] Si se ha pedido dinero prestado, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato.

[8] Véase una síntesis de ello en CATALINA SILVA AVENDAÑO, *Corrección monetaria de obligaciones dinerarias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 316.

[9] FERNANDO FUEYO LANIERI, *Corrección monetaria y pago legal,* Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 8.

[10] En igual sentido SILVA AVENDAÑO, *op. cit*., págs. 60 y ss.

"La mayoría de los sistemas jurídicos se proyectan sobre la base del principio nominalista que establece la fijeza en el monto de las obligaciones dinerarias; el valor nominal de la prestación permanecerá constante a lo largo de la vida de la obligación. En efecto, ¿qué sentido tendría adoptar la indeterminación en el valor de obligaciones pecuniarias en tiempos de estabilidad monetaria? Ciertamente, ninguno. Pero la situación

monedas igual a lo pactado, pero de un valor adquisitivo inferior al del día en que contrajo la obligación, o con un número de moneda indicado por una ley anticuada, ¿estará pagando bien, estará pagando lo mismo, merecerá que su obligación se extinga totalmente?".

La jurisprudencia colombiana entendió el desequilibrio que el fenómeno implicaba, y desde la sentencia de 24 de abril de 1979, la Corte Suprema de Justicia[11] reconoció, como un pacto ajustado a la ley —producto de la autonomía de la voluntad—, la referencia a elementos que permitieran mantener constante el monto de la obligación. Luego extendió su aplicación a las obligaciones derivadas de las restituciones mutuas provenientes de la nulidad de la convención[12] y a las nacidas de su resolución como resultado del ejercicio de la acción consagrada en el artículo 1546 del Código Civil[13].

Con algunos matices en cuanto al alcance del principio de la corrección monetaria que exceden el ámbito de este capítulo, la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia colombiana aceptaron finalmente que el soporte fundamental para la salvaguarda del derecho del acreedor a no verse afectado por la desvalorización de la moneda correspondía, por un lado, a la aplicación de principios fundamentales de derecho admitidos al tenor del artículo 8º de la ley 153 de 1887, tales como la equidad y la igualdad ante la ley, y por otro, a la conservación del equilibrio en las prestaciones adeudadas en los contratos bilaterales y fundamentalmente, al postulado de la integridad del pago[14], según da

---

es otra cuando la economía se enfrenta a una escalada en el nivel de precios. Cuando el fenómeno inflacionario llega a interferir en las relaciones jurídicas, es necesario dejar de lado la inmutabilidad en el valor nominal de las obligaciones para abrirle paso a la posibilidad de aplicar mecanismos de actualización; cuando la realidad cambia, los mecanismos para enfrentarla deben cambiar también".

[11] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 abril 1979, M. P. Alberto Ospina Botero.

[12] Véase C. S. de J., sent. de 25 agosto 1988, M. P. Rafael Romero Sierra.

[13] Véase C. S. de J., sent. de 9 julio 1979, M. P. Héctor Gómez Roa.

[14] Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*. *Concepto*, *estructura*, *vicisitudes,* 2ª ed., t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 624.

"El pago ha de ser completo, y esto quiere decir que en la oportunidad debida el deudor habrá de cubrir lo principal, lo complementario y lo accesorio, salvo que otra cosa se haya dispuesto en el título o se acuerde luego, o resulte de las circunstancias. Esta regla tiene especial realce en materia de deudas de género, y ante todo de dinero, pero es aplicable a las restantes, y la propia norma incluye dentro de los complementos, no solamente los intereses, sino las indemnizaciones que se deban (C. C., art. 1649 [2]), fuera de las previsiones concretas para relaciones singulares".

cuenta la sentencia de 18 de marzo de 2001, que coincide en lo fundamental con nuestra visión que el pago, para que tenga efecto liberatorio, debe incluir cualquier pérdida de su valor adquisitivo, como lo imponen los artículos 1627 y 1649 del Código Civil.

"Por el contrario, admitir que «el pago de obligaciones dinerarias, en época de depreciación monetaria, debe hacerlo el deudor de acuerdo con el correspondiente ajuste», tiene el laudable propósito de procurar «que no se produzca el rompimiento del equilibrio de las relaciones contractuales», así como evitar que «no se enriquezca de manera injusta una de las partes de la relación sustancial a costa de la otra» (cas. civ. de febrero 21 de 1984, t. CLXXVI, pág. 33), lo que pone de manifiesto, memorando diciente y lozana doctrina —de rectificación— de la Sala, que esta «recomposición económica lo único que busca, en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia a los que de manera reiterada alude la jurisprudencia al tratar el tema de la llamada «corrección monetaria» («G. J», ts. CLXXXIV, pág. 25, y CC, pág. 20) es atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria *sin agregarle por lo tanto*, *a esta última*, *nada equiparable a una sanción o un resarcimiento* (cas. civ. de 8 junio 1999; exp. 5127)», lo que quiere significar que «el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obedecimiento, insístese, a principios más elevados como el de *la equidad*, *el de la plenitud del pago*, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales», ya que «la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía» (se subraya; cas. civ. de 9 de septiembre de 1999; exp. 5005; *vid*.: cas. civ. de 28 de junio de 2000; exp. 5348). Al fin y al cabo, como bien se ha corroborado por la doctrina especializada, «No estamos aquí frente a un problema de responsabilidad civil, sino que, por el contrario, nos hallamos en la órbita del derecho monetario, en donde la indexación se produce en razón de haber perdido la moneda poder adquisitivo. ¡Solo eso, y nada más que eso!»"[15]. (Bastardilla nuestra).

Coincidimos con lo expuesto: la indexación tiene como fundamento reconocer que el pago, ya sea de la obligación principal o de las indemnizaciones o penalidades que se desprendan de ella, debe ser íntegro, para que tenga el poder liberatorio, principio que debe aplicarse a

[15] C. S. de J., sent. de 1º noviembre 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

cualquier tipo de obligación dineraria[16], y no un carácter indemnizatorio del daño generado, pues de no ser así, tan solo cuando se estructuraren los elementos propios de la responsabilidad civil contractual —contrato válido, incumplimiento, daño, culpa y nexo causal—, podría reconocerse el pago de la indexación, dejando desprovistas todas aquellas situaciones en que se impone la restitución o pago monetario sin que se configure la responsabilidad civil, como sucede, por ejemplo, con las prestaciones mutuas derivadas de la extinción del contrato por mutuo disenso o las restituciones que se imponen cuando el contrato se extingue por la pérdida de la cosa debida, como se expondrá más abajo.

Retornando al punto de partida, cumplidas las obligaciones, el contrato habrá surtido sus efectos y, por consiguiente, se habrá agotado su objeto, por lo que se habrá extinguido. Nadie puede dudar de que, por ejemplo, cumplido un contrato de promesa de compraventa por haberse suscrito la escritura pública de compraventa —obligación de hacer—, aquella habrá dejado de conservar la eficacia jurídica propia de la convención legalmente celebrada. Pero nadie duda también de que tuvo existencia jurídica hasta el punto de que fue capaz de producir la totalidad de sus efectos contractuales.

B) *Ejecución forzada del contrato*

También por la ejecución forzada de los contratos se extinguen estos. Esta modalidad es una variación de la extinción de los contratos por pago, con la única salvedad de que en ella interviene el juez, para lo cual es apropiada la remisión a los artículos 488 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, hoy reformados y próximamente en vigencia por los artículos 422 y siguiente del Código General del Proceso. Se trata del pago forzado que, al igual que en los casos anteriores, causa la extinción de los contratos.

Algunas aclaraciones y puntualizaciones se imponen respecto de esta sección. Como se sabe, la obligación genera un vínculo jurídico en

[16] En tal sentido y después de varios años, la actualización monetaria se extendió al reembolso del importe pagado por las aseguradores frente al causante del daño en ejercicio de la acción de subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, que había sido desconocido reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que ella tan solo tenía por objeto el reintegro del importe pagado por la aseguradora. Mediante sentencia de 18 mayo 2005 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), se modificó la jurisprudencia anterior, extendiendo el reconocimiento de la corrección monetaria en favor de las compañías aseguradoras que hubieren atendido el pago de un siniestro y dirigieren la acción contra el responsable del daño.

cuya virtud el deudor puede ser compelido por el acreedor para obtener la satisfacción de la prestación adeudada, sea esta de dar, hacer o no hacer. En la medida en que el contrato —cuando este es la fuente de la obligación— cuente con la virtualidad de servir de título ejecutivo por reunir los requisitos previstos en las normas atrás citadas, podrá perseguirse la satisfacción de la prestación por la vía ejecutiva y procurarse su ejecución forzada.

Lo anterior no significa, en forma alguna, que aquellos contratos que no cuenten con las características propias del título ejecutivo, como por ejemplo los contratos consensuales, no puedan exigirse las obligaciones emanadas de aquel. Por ser consensuales, no dejan de ser menos vinculantes para las partes que los solemnes. La diferencia radica en que en el segundo caso se impone el reconocimiento previo del derecho contractual de parte del juez por medio de una sentencia, la que a su turno, como lo precisa el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y el 422 del Código General del Proceso, prestará mérito ejecutivo.

En tales casos (cuando el contrato preste mérito ejecutivo o cuando se obtenga la sentencia de reconocimiento del derecho convencional), podrá el acreedor exigir la obligación contractual ya sea dineraria, de dar, de hacer o de no hacer (mediante la destrucción de lo hecho), caso en el cual, de satisfacerse la orden de pago emanada del juez o en su caso, la sentencia que ordene continuar con la ejecución, sin lugar a dudas tendrá el mismo efecto del cumplimiento de la obligación respecto de la extinción del contrato: habrá dejado de tener efecto jurídico alguno.

Por último, y en lo que hace a la denominada ejecución por equivalente, es pertinente anotar que se llega a la misma conclusión. Suele ocurrir, como se explicará en capítulo aparte de esta obra, que en algunos casos el acreedor pierde interés en la prestación adeudada, o el deudor, a pesar de la orden del juez, se abstiene de atenderla. En tales casos (C. de P. C., art. 495, y C. G. P., art. 428), el acreedor está facultado para exigir la satisfacción de su crédito mediante la conversión de la obligación original en una suma dineraria que incluye una cantidad principal y una adicional a título de perjuicios, que se miran como equivalentes de aquella. Cuando la obligación es satisfecha por esta vía, sin lugar a dudas el contrato se habrá extinguido y ningún efecto jurídico adicional podrá generar, ya que de lo contrario, de aceptarse que el contrato continúa con vida y no se ha extinguido, se abriría camino a la posibilidad de exigir dos veces la misma prestación, lo que, de suyo, resulta ajeno al ordenamiento jurídico.

3. Extinción del contrato por el ejercicio de pactos incorporados por los contratantes contentivos de condiciones o plazos

A) *Cláusulas condicionales*

El régimen contractual colombiano se soporta en el principio universalmente conocido como *pacta sunt servanda*. Esta es la regla de oro de los contratos, y está recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 1602 del Código Civil. El contrato es ley para las partes.

Los contratantes, en desarrollo de la autonomía de su voluntad, están ampliamente facultados para regular los términos y las condiciones que consideren protectores de sus intereses, libertad que incluye la fijación del contenido sustancial de las obligaciones adquiridas, con las limitantes establecidas en los artículos 15 y 16 del Código Civil[17]. En virtud de tales pactos, no podrán derogarse normas en las cuales estén interesados el orden público o las buenas costumbres; y si se trata de renuncia a derechos conferidos por las leyes, es admisible si tan solo miran el interés individual y no está prohibida su renuncia. Alrededor de lo anterior se ha soportado de vieja data la denominada teoría de la autonomía de la voluntad, cuyo contenido puede sintetizarse así:

"La libertad contractual es, por tanto, la expresión en el ámbito negocial del marco de libertad o autodeterminación que supone, más ampliamente, el principio de autonomía de la voluntad; conforme a ella, el contrato pactado es plenamente efectivo y vinculante para las partes simplemente porque ha sido querido, porque es el fruto de un acuerdo entre individuos, en que cada uno de ellos ha decidido libremente asumir una obligación, una conducta debida, a cambio de la correspondiente a la otra parte, sin que deba someterse a ningún otro criterio de validez; conlleva el reconocimiento por parte del Estado de una esfera de poder propia de los individuos en que no puede inmiscuirse, de manera que estos puedan regular sus relaciones contractuales con amplia libertad"[18].

Cómo puntualiza Ospina Fernández: "Con otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución

[17] C. C., art. 15: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia". *Id.,* art 16: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

[18] José Antonio Ballesteros Garrido, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad,* Barcelona, Cometa, 1999, pág. 20.

o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos"[19].

Desde el punto de vista de la extinción de los contratos, el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad es el soporte legal de algunas causas de extinción de los contratos diversas de aquellas que la ley prevé. El artículo 1501 del Código Civil permite introducir en todo contrato convenios especiales o particulares que delimiten los intereses de las partes bajo las denominadas cláusulas accidentales, esto es, aquellas que "ni esencial ni naturalmente le pertenecen". Utilizándolas, pueden incorporarse motivos, formas o causas que conduzcan a la terminación del contrato, o condiciones para su vigencia y existencia, diferentes de las legales, pues las últimas, por tratarse de aquellas cosas que son de la naturaleza del convenio, se entienden incorporadas.

De la anterior característica son los pactos que fijan condiciones en virtud de los cuales se sujeta la eficacia de la relación contractual o su extinción a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, sea de carácter suspensivo o resolutorio (C. C., art. 1536). Por ellos, el contrato se extinguirá, precisamente, porque así lo convinieron las partes.

Como lo puntualiza el profesor HINESTROSA: "Los particulares pueden alterar los efectos finales de cualquier negocio jurídico patrimonial (p. ej., testamento, contrato, acto colectivo), mediante las llamadas modalidades: condición, término, modo.

"[...] Al no realizarse el hecho futuro e incierto incluido en el negocio jurídico como condición suspensiva, *los efectos finales pendientes desaparecen definitivamente, como también se disuelve el vínculo* y, en consecuencia, la obligación se extingue y el deudor queda libre. En tanto que al cumplirse la condición resolutoria, surge un obstáculo definitivo para la continuidad de los efectos finales que venían dándose, *el vínculo también se disuelve y las obligaciones pendientes se extinguen*. Esto, aparte de la exigencia de restituciones mutuas entre las partes (C. C., art. 1544), respecto de las cuales el cumplimiento de la condición viene a ser su fuente inmediata"[20]. (Bastardilla fuera de texto).

Así se desprende, además, de lo previsto en el artículo 1627, numeral 9, del Código Civil, que consagra como modo de extinción de las obligaciones el evento de la condición resolutoria, que cobija no solo la tácita, que no requiere pacto alguno y va envuelta en todo contrato bilateral cuando proviene del incumplimiento de alguna de las partes,

[19] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ *et al., Teoría general de los actos o negocios jurídicos,* Bogotá, Edit. Temis, 1980, pág. 6.

[20] HINESTROSA, *op. cit.,* págs. 889 y 890.

como lo enseña en el artículo 1546 del Código Civil, en concordancia con el artículo 870 del Código de Comercio, sino también las expresas consignadas por los contratantes en el acuerdo.

Especial relevancia adquieren este tipo de cláusulas en los contratos de larga duración, en los cuales las circunstancias que motivaron su celebración pueden variar o alterarse con el curso del tiempo. Es reflejo de lo dicho la teoría de la imprevisión, a la cual haremos referencia más adelante. Pero también, la modificación de circunstancias como las condiciones económicas de las partes, la alteración de la confianza o las personas involucradas en la negociación, etc., pueden ser motivo de extinción de los contratos y se amparan con este tipo de cláusulas accidentales[21].

En fin, los contratos se extinguen y por consiguiente pierden eficacia jurídica, por motivos libremente convenidos por las partes, en la medida en que dicho pacto se ajuste a las limitaciones que consagran los artículos 15 y 16 del Código Civil[22]. Tales acuerdos son vinculantes para las partes y deben ser respetados por ellas y por el juez.

B) *Extinción del contrato por vencimiento del plazo de duración convenido*

De la misma naturaleza son los pactos que fijan el plazo durante el cual debe regir el contrato. Como se sabe, las obligaciones no tienen

[21] Hinestrosa, *op. cit.,* págs. 885 y 901.

[22] Ospina Fernández, *op. cit.,* pág. 14.

"En el mismo orden de ideas, reconocidos la autonomía de la voluntad privada y su vigor normativo, el legislador evita en lo posible interferir en forma imperativa la iniciativa de los agentes. En efecto, la inmensa mayoría de las previsiones legales pertinentes a los actos jurídicos solamente tienen un alcance supletivo, o sea, que solo están llamadas a aplicarse en defecto de manifestación expresa de la voluntad de los interesados. Fundándose en la presunción cierta de que estos generalmente ignoran cuál es el régimen más conveniente de sus actuaciones y transacciones en el comercio jurídico, se preocupa por insinuarles minuciosamente y hasta pecando de exagerado casuismo, como puede verificarse en la reglamentación de los actos y contratos típicos, la adopción de aquellas normas que la experiencia milenaria ha demostrado ser las más aconsejables para ellos.

"Pero si dichos interesados consideran que las aludidas normas no son convenientes para su caso particular, bien pueden modificarlas o descartarlas totalmente. Si así no lo hacen, es decir, si guardan silencio al respecto, el legislador presume, o bien que, por sabidas, aquellos consideraron que las normas legales supletivas quedarían naturalmente incorporadas a sus estipulaciones voluntarias, o bien que, habiendo obrado con imprevisión, es necesario acudir a su ayuda para que se realicen en la mejor forma los fines que persiguieron al celebrar sus actos o negocios (arts. 1603 y 1621)".

una vocación o propósito de permanencia indefinida en el tiempo. Además de las causas de extinción de las obligaciones, el plazo es vivo ejemplo de lo anterior. Los artículos 1551 y siguientes del Código Civil se refieren a las obligaciones a plazo, entendiendo por estas las que están sujetas a una "época que se fija para su cumplimiento". Nada señalan, sin embargo, de las obligaciones y de los contratos, que deben cumplirse *durante y hasta* una fecha determinada. La ley civil y la comercial, sin embargo, traen diversos ejemplos de contratos sometidos a plazo como son, entre otros, el arrendamiento (C. C., art. 2008, ord. 2º), el usufructo (*id.,* art. 830), el suministro (C. de Co., art. 977), la fiducia mercantil (*id.,* art. 1240, regla 3ª) y el contrato de sociedad (*id.,* art. 110, num. 9).

En tales casos y en otros, es motivo de extinción el vencimiento del término convenido, de cuya facultad pueden hacer uso las partes precisamente por permitirlo el artículo 1501 del Código Civil, que les otorga la posibilidad de pactar aquellas cláusulas que estimen convenientes o modificar las que se presuman incorporadas, cuando sean susceptibles de ser renunciadas por mirar únicamente el interés individual.

4. Extinción del contrato por la revocatoria unilateral de uno de los contratantes, convenida o legalmente autorizada

El principio *pacta sunt servanda,* regla de oro de los contratos, reconocido bajo el postulado de que los contratos son ley para las partes, impide que los acuerdos puedan extinguirse por la decisión unilateral o caprichosa de una de ellas. La ley colombiana, en el artículo 1602 del Código Civil, es perentoria al indicar que el contrato no podrá ser "invalidado sino por su consentimiento mutuo".

Aceptar la posibilidad de que una de las partes pueda dar por terminado unilateralmente el contrato repugna abierta y tajantemente con el principio citado y socava la estructura legal contractual en cualquier jurisdicción. Sería sumir en la más profunda crisis y en la incertidumbre las relaciones privadas de civiles y comerciantes. Como afirma Luis Felipe Botero Aristizábal: "De aceptarse que una de las partes de un contrato puede, válidamente y sin consecuencia jurídica alguna, terminar el contrato con su sola manifestación (que en adelante llamaremos «desistimiento»), se echarían al traste los principios más básicos del instituto contractual, creando una zozobra de tal naturaleza

que bien podría implicar la extinción de la idea de contrato como la conocemos"[23].

La regla anterior sufre algunas excepciones que pueden provenir de la ley o del acuerdo de los contratantes. Por ejemplo, dentro de las primeras, por razones de soberanía y en salvaguardia del interés colectivo sobre el particular, la ley le ha concedido a una de las partes —y no a cualquiera, sino al Estado— la facultad de pactar "cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales" (ley 80 de 1993, art. 14), dentro de límites claramente precisados. La ley, al reconocer la capacidad que tienen el Estado y sus entidades de incorporar en sus contratos cláusulas como las anteriores, admite el carácter excepcional de dicha prerrogativa y reitera, con atenuantes, el principio *pacta sunt servanda*.

En materias civil y comercial, el principio de inalterabilidad de los contratos contiene numerosas excepciones como las que menciona Botero Aristizábal y que permiten la terminación unilateral del contrato por decisión de una de las partes[24]. Ejemplo típico de lo anterior se encuentra en el artículo 2189 del Código Civil y sus similares del Código de Comercio (arts. 1279 y 1283), que le permiten al mandante o al mandatario, según sea el caso, dar por terminado el contrato de mandato, ya sea por revocatoria de aquel o por renuncia unilateral de este. En materia mercantil valga a título de ejemplo lo previsto en el artículo 977, que señala que "si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro". En asuntos laborales, el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo autoriza al empleador a dar por terminado unilateralmente el contrato[25].

[23] Luis Felipe Botero Aristizábal, "Apuntes sobre la terminación unilateral", en *La terminación del contrato* (Jorge Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa, Dirs.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pág. 366.

[24] Botero Aristizábal, *op. cit.,* págs. 371 y ss.

Dentro de las excepciones listadas menciona las siguientes: C. C., arts. 1858, 1859, 1861, 1879, 1979, 2009, 2066, 2191 y 2193; C. de Co., arts. 206, 866, 977, 1002, 1071, 1159, 1240 (11), 1261, 1324, 1389, 1406, 1419, 1620 y 1878; leyes 142 de 1994, art. 133.21, y 820 de 2003, arts. 22 y 24.

[25] Mediante la sent. C-1507 de 2000, de la Corte Constitucional, del 8 noviembre 2000 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), se declaró exequible el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo dijo:

De lo anterior debemos concluir que la *alterabilidad* unilateral de los contratos, como mecanismo de extinción de ellos, no resulta ajena al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, constituye una modalidad de terminación cuando, o bien lo convinieron las partes, o bien se trata de una de aquellas cláusulas que, al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil y por ser de su naturaleza, se entienden incorporadas sin convenio especial[26].

ALESSANDRI, citando al autor español LUIS DÍEZ-PICAZO, sintetiza la viabilidad de la terminación por decisión unilateral así: "Sobre la base de las ideas anteriormente expuestas cabe admitir una denuncia receso de la relación obligatoria: a) cuando la ley expresamente atribuye *ex lege* a uno de los sujetos o a ambos la facultad de desistir; b) cuando dicha facultad se encuentra expresamente establecida por el negocio jurídico constitutivo de la obligación; c) cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas que carecen de un plazo contractual de duración y que se encuentran fundadas en la recíproca confianza que las partes se merecen"[27].

El tema no resulta pacífico. ¿Cómo interrelacionar el principio de inmutabilidad de los contratos con la capacidad unilateral de una de ellas para dar por terminado el contrato? En algunos casos, la ley establece los límites tanto temporales como cualitativos, imponiendo no solo que la decisión sea informada con una anticipación apropiada según el convenio (v. gr., el arrendamiento, C. C., art. 2009), sino también en cuanto a sus efectos, fijando de antemano el alcance de esa decisión, como sucede en el contrato de agencia mercantil (C. de Co., art. 1324)

"Al respecto, debe decirse que el contrato que se celebra con el fin de establecer una relación laboral nace a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades de las partes, y que nada se opone a que respecto de dicho convenio opere la condición resolutoria, pues resulta contrario a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, que ambas partes queden atadas a perpetuidad por ese vínculo. *Desde el punto de vista constitucional, no se puede avalar la petrificación de los lazos contractuales.* Es posible afirmar que el reconocimiento de la libertad para contratar contempla también un aspecto negativo, cual es el de la autonomía para dar por terminada la relación contractual, sin perjuicio de la asunción de las responsabilidades patrimoniales que dicho evento pueda generar respecto de la parte afectada con esa conducta". (Bastardilla nuestra).

[26] PLANIOL, *op. cit.,* pág. 97.

"Por excepción a la regla, es posible que la voluntad de una de las partes sea suficiente para terminar el contrato, en cualquier momento o intervalos fijos".

[27] LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial,* citado por ALESSANDRI, *op. cit.,* t. III, pág. 119.

o en el pacto de arras (*id.,* art. 866, y C. C., art. 1859), y en algunos casos dando a conocer los motivos de la decisión.

En nuestro criterio, todos los eventos previstos por la ley o convenidos por los contratantes, incluso aquellos que *prima facie* no requieren justificación alguna, tienen fronteras inquebrantables y no escapan de la regla señalada en el artículo 1603 del Código Civil[28], reiterada en el artículo 871 del Código de Comercio[29], en virtud de la cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo pactado, sino a todas aquellas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. Por ello, las cláusulas —ya sean convencionales o legales— que permiten la expiración unilateral del contrato, cuentan con barreras en el ordenamiento legal, fundamentalmente porque no pueden invocarse ni ejercitarse de forma abusiva, ni mucho menos apartarse, al ejercitarlas, del principio de la buena fe, limitación que, por demás, tiene rango constitucional (Const. Pol., art. 95-1)[30].

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia señaló: "La Corte sostiene que la doctrina y la jurisprudencia admiten que, *aun cuando no exista en la ley positiva ninguna disposición que restrinja el derecho de revocación del mandante*, *este derecho no es absoluto sino relativo y no puede ejercitarse abusivamente con perjuicio del mandatario que ha cumplido honrada y lealmente sus obligaciones*; [...] que el derecho de resciliación unilateral existe en los contratos de duración indeterminada como puede ocurrir en el mandato, en la sociedad y el arrendamiento de servicios, *pero que ese derecho no puede ejercerse sino con conocimiento de causa*, *por un motivo legítimo y*, *citando a Josserand*, *sostiene que «por lo que toca saber cuáles son los motivos legítimos de rompimiento*, *o sea los que justifiquen el ejercicio del derecho de resciliación», esta es cuestión del dominio judicial*: el tribunal apreciará, investigará las circunstancias del rompimiento, y, en el fallo, deberá mencionar expresamente el motivo alegado por la parte que ha

[28] "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

[29] "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

[30] "Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

"Son deberes de la persona y del ciudadano:

"1. Respetar los derechos ajenos y *no abusar de los propios* […]".

roto el contrato. De esta suerte, la Corte de Casación estará facultada para controlar la calificación dada por los jueces de hecho a los motivos alegados y verificará el carácter pertinente o abusivo de estos»"[31].

En igual sentido, en sentencia de 14 diciembre 2001, la Corte Suprema de Justicia expuso: "De ahí que para algunos doctrinantes, la revocación —o su equivalente en el derecho nacional pertinente— deba entenderse como «una declaración de voluntad unilateral *incausada*» (se subraya), lo que pone de presente, en lo que a su génesis atañe, que es altamente subjetiva, que ella «debe dejarse al arbitrio unilateral de cada uno de los contratantes» (*ad nutum*), como —a propósito— se consignó en la Exposición de motivos del meritado Proyecto de Código de Comercio del año 1958, sin que ello signifique, de ninguna manera, que el revocante escape al inexorable y plausible deber constitucional de no abusar de sus derechos (Const. Pol., art. 95-1 y C. de Co., 830), *habida cuenta [de] que el reconocimiento de una facultad o poder*, *de por sí*, *no constituye salvoconducto o patente de corso para propiciar la arbitrariedad*, *so pena de la condigna indemnización de perjuicios irrogados*. *Es por ello por lo que el abuso*, *en sí*, *trasciende el mero arbitrio o la simple volición*"[32]. (Bastardilla fuera de texto).

En laudo arbitral en el cual se debatió la legalidad de la utilización de una cláusula contentiva de un pacto de arras incorporada en un contrato de promesa de compraventa, el tribunal arbitral sostuvo: "Todas las cláusulas de la promesa debían producir los efectos queridos por las partes al celebrarla. Eran ley para los contratantes. En este sentido, tanto [...] estaba en su derecho de exigir el cumplimiento de las cláusulas que imponían su acuerdo o aceptación para modificar los planos, como [...] en el suyo de hacer uso de la posibilidad de arrepentimiento. *Pacta sunt servanda* es regla de oro y principio para el funcionamiento del contrato, como lo es para enfocar la responsabilidad ante el evento de un daño. Pero como puede predicarse hoy prácticamente de todos, no hay derechos absolutos ni atribuciones ilimitadas. Los derechos en el mundo contemporáneo tienen restricciones según su función, y todos requieren para su ejercicio legítimo la observancia de los principios de la buena fe, del *neminen laedere* y del compromiso de

[31] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 6 julio 1955, M. P. Manuel Barrera Parra, citada por ERNESTO RENGIFO GARCÍA, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante,* Bogotá, Sigma Editores, 2002, pág. 132.

[32] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 diciembre 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, citada por BOTERO ARISTIZÁBAL, *op. cit.,* pág. 390.

resarcir los eventuales perjuicios causados con su ejercicio en cuanto haya culpa o abuso.

"Si no hubiera habido incumplimientos anteriores, la utilización del retracto habría encontrado de todas maneras los límites que entrañan estos principios [...]"[33].

A título de corolario, podemos inferir que si bien algunos contratos pueden extinguirse por decisión unilateral de una de las partes, ya sea porque así se hubiere pactado o porque la ley lo autoriza, ello no significa, en detrimento del principio *pacta sunt servanda,* que se trata de una facultad omnímoda de quien con ella se beneficia, pues, al igual que cualquier otro derecho, encuentra sus límites en el ejercicio leal y ajustado al principio de buena fe y en la utilización exenta del abuso del derecho, como lo repite el artículo 830 del Código de Comercio[34] y lo enseñan los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que excluyen el ejercicio abusivo de cualquier derecho, por incondicional que pudiera radicarse en cabeza de cualquier persona.

5. Los contratos se extinguen por cualquiera de las otras formas de extinción de las obligaciones

Los contratos o convenios, por ser fuente de obligaciones, dejan de tener eficacia jurídica, en la medida en que estas se extingan. Por ello, por la íntima relación que existe entre contrato y obligación, los convenios también se extinguen cuando las obligaciones que de él emanan fenecen por cualquiera de los mecanismos previstos en el artículo 1625 del Código Civil y a los cuales esta obra ha dedicado un capítulo especial con diversos efectos según el motivo de extinción. Tan solo algunas referencias particulares a la establecida en el ordinal 7º del artículo 1625 del Código Civil, por su especial significado con respecto a los contratos bilaterales. Respecto de las causales consignadas en los ordinales 8º y 9º, se harán algunas breves referencias más adelante.

La teoría de los riesgos, llamada así por las implicaciones que se derivan de la pérdida de la cosa debida para los contratantes, se ha sintetizado por Planiol así: "Dadas dos obligaciones recíprocas, nacidas

[33] Laudo arbitral de Lispy, S. A. vs. Centro Comercial El Retiro, S. A., de 19 mayo 2006, árbitros: Hernando Herrera Mercado, Mario Gamboa Sepúlveda y Jorge Cubides Camacho.

[34] "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

de un mismo contrato, si una de ellas se extingue, porque una causa fortuita haya hecho imposible su cumplimiento, ¿debe la otra parte cumplir su obligación?"[35].

Sea lo primero puntualizar que la teoría de los riesgos no es exclusiva de las obligaciones de dar o entregar cuerpos ciertos o especies, como parece desprenderse del artículo 1607 del Código Civil[36]. Se predica de cualquier tipo de obligaciones, pues todas ellas, con independencia de su objeto, sea que se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer, son susceptibles de ser desatendidas por un evento de fuerza mayor o caso fortuito. Piénsese, por ejemplo, en la obligación de no revelar una información confidencial (obligación de no hacer), que por disposición legal o de una autoridad competente se impone su publicidad. O en una obligación de hacer que llega a ser prohibida por la ley. En tales casos existirá una pérdida patrimonial, ora por la decisión de la autoridad competente que obliga a revelar la información confidencial o ya por la nueva disposición que impide llevar a cabo la tarea comprometida, cuyo riesgo económico debe ser asumido por alguno de los extremos de la obligación, sea por el deudor o por el acreedor.

El asunto no presenta dificultad cuando se trata de un contrato unilateral (C. C., art. 1496), es decir, aquel en que una sola de las partes es la obligada. Si se imposibilita el cumplimiento de la obligación por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, nada deberá el deudor y, por consiguiente, se habrá extinguido su obligación y con ella el contrato. La pérdida la habrá sufrido el acreedor, que se verá privado del objeto de la obligación contraída en su favor y nada podrá reclamarle legítimamente a su deudor.

Pero ¿qué efectos se predican para los contratos bilaterales? En particular, ¿queda un contratante obligado a atender su prestación, que se presume equivalente al objeto de la obligación que se tornó de imposible ejecución y que fue insatisfecha? ¿Quién debe asumir la pérdida patrimonial que reporta la imposibilidad de cumplir con la obligación? ¿El deudor o el acreedor? Si es el primero, su contratante quedaría exento de atender su compromiso correlativo. Si es el segundo, ¿deberá entonces atender su obligación y asumir el riesgo de la imposibilidad

[35] PLANIOL, *op. cit.,* pág. 169.

[36] "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega".

de cumplir por causas de fuerza mayor o caso fortuito? ¿Sobrevive o se extingue el contrato?

La respuesta preliminar, en estricta lógica, sería que el acreedor de la obligación imposible —y deudor de la prestación equivalente— estaría obligado a atender su compromiso. ¿Por qué? Porque no ha existido comportamiento culposo de su deudor que, al tenor de lo previsto en el artículo 1609 del Código Civil, la faculte para abstenerse de cumplir con sus obligaciones. A manera de ejemplo, piénsese en un contrato de compraventa en el que A se comprometió a entregar a B un cuerpo cierto por X valor. Perdida la cosa en poder de A, por un evento de fuerza mayor o caso fortuito, B no puede reclamarle a A y no podrá exigir reparación alguna; además, estará obligado a cubrir su obligación de pagar el precio convenido, manteniéndose vigente el contrato.

La solución anterior, por reñir con elementales postulados de justicia y equidad, no resulta jurídicamente aceptable, tal como lo plantea y justifica el mismo Planiol así: "La regla aplicable a los contratos sinalagmáticos no está consagrada en parte alguna de la ley: únicamente se encuentran algunas aplicaciones de ella esparcidas. Puede formularse en los términos siguientes: cuando un caso fortuito hace imposible el cumplimiento de la obligación de una de las partes, la obligación de la otra se extingue al mismo tiempo.

"Para explicar este resultado, debe pensarse en que las dos obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático son solidarias una de otra. En el lenguaje corriente, cuya inexactitud ya hemos señalado con antelación (núm. 1053), se dice que estas dos obligaciones se sirven mutuamente de causa; más exacto sería decir que cada una de ellas es la condición de la otra, porque ninguna de las partes entiende obligarse sin provecho, para sí misma.

"En esta condición tácita, puesta a cada una de las obligaciones recíprocas, se funda la acción de resolución, cuando una de las partes no cumple su obligación, pudiendo cumplirla. *En ella también se basa el principio por virtud del cual el contrato se disuelve de pleno derecho*, *por la extinción simultánea de las obligaciones de las dos partes*, *cuando llega a ser imposible su cumplimiento por una de ellas*. Si el obstáculo había existido con anterioridad, habría habido imposibilidad absoluta de formar el contrato, y ambas obligaciones habrían sido simultáneamente afectadas de una nulidad inicial; *al sobrevivir con posterioridad*, *destruye el contrato y produce*, *simultáneamente*, *la extinción de las obligaciones que había creado*"[37]. (Bastardilla nuestra).

[37] Planiol, *op. cit.,* pág. 169.

Corolario de lo dicho es que los contratos unilaterales y bilaterales se extinguen por la pérdida de la cosa debida por eventos no imputables al deudor. Los primeros, porque el único obligado es el deudor y nada podrá exigírsele. Los segundos, porque las obligaciones recíprocas deben mirarse como mutuamente condicionadas[38].

Cuando se trate de obligaciones de entregar una cosa o cuerpo cierto, se imponen alguna reflexiones adicionales en cuanto a la conclusión previa, punto que se plantea en los siguientes términos: los artículos 1605 a 1607 del Código Civil señalan que la obligación de dar implica para el deudor la de entregar la cosa comprometida, advirtiendo que si se trata de un cuerpo cierto o una especie, le corresponde conservarla, con el debido cuidado hasta su entrega (C. C., art. 1607). Por su parte, el artículo 1729 del Código Civil prevé que la obligación se extingue cuando el "cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe".

El artículo 1729 del Código Civil corresponde a un desarrollo del principio según el cual nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibiliun nulla obligatio est*). Tal imposibilidad, para que tenga el efecto mencionado, debe ser absoluta y permanente, es decir, generalizada.

El artículo 1607 del Código Civil señala que "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre del acreedor". Si la obligación del deudor, a la luz del artículo 1606 del Código Civil, consiste en custodiar la cosa debida con el adecuado cuidado, es natural concluir, con apego al ordenamiento jurídico, que si la cosa perece a pesar de la diligencia y cuidados apropiados dispuestos por el deudor, no existirá conducta reprochable que le pueda ser imputada, de manera que no

[38] OSPINA FERNÁNDEZ, *op. cit.,* pág. 596.

"En todos estos casos, la imposibilidad fortuita extingue totalmente la eficacia del contrato bilateral y no solamente las obligaciones de una de las partes, lo cual implica que sea el propio legislador quien considere que en tales contratos, las obligaciones que se producen están condicionadas entre sí a que puedan ser ejecutadas y las partes recíprocamente satisfechas.

"Entonces generalizando esta solución a todos los contratos bilaterales, respecto de los cuales la ley no haya satisfecho excepción en contrario, la doctrina, por el mismo procedimiento que empleó en la elaboración de la teoría de la resolución judicial de dichos contratos por el incumplimiento de una de las partes, ha llegado a considerar que en ellos existe una condición tácita de que la imposibilidad fortuita de ejecución de las obligaciones de una de las partes también acarrea la extinción de las de la otra parte" (pág. 596).

podrá exigírsele indemnización de perjuicios, pues no habrá incumplido obligación alguna.

El resarcimiento del perjuicio proviene, como lo establece el artículo 1613 del Código Civil, de "no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento" y se funda en la culpa. No existiendo censura alguna en la atención de sus obligaciones, pues el incumplimiento proviene de un evento constitutivo de causa extraña, no hay indemnización que deba cubrir el deudor. Si en consecuencia, ninguna indemnización adeuda, se concluye que el detrimento patrimonial proveniente del incumplimiento originado en el evento constitutivo de causa extraña habrá de asumirlo el acreedor, que no podrá ver compensada su pérdida patrimonial con reparación alguna del deudor.

No así ante especies de género, cuya obligación, por tratarse de cosas fungibles, puede ser atendida con otras de la misma condición y calidad, excepto cuando sean cosas de género limitado, como, por ejemplo, cuando se remiten a un grupo de bienes particulares[39].

En tal caso, estableció la Corte Suprema de Justicia: "Si comparada la conducta del vendedor con la que por derecho se atribuye a un buen padre de familia, apareciere que a pesar de su diligente vigilancia y previsión sobrevino la pérdida inevitable del cuerpo cierto vendido, la obligación viene a ser imposible, queda sin objeto y se extingue por modo tan completo como si el pago se hubiera hecho. De esta suerte, a consecuencia de la concatenación recíproca de las obligaciones originadas para las partes del mismo negocio bilateral, surge la razón necesaria del que el vínculo que liga al comprador se extinga también de modo eficaz en derecho, esta vez por pago efectivo en dinero, puesto que los géneros no perecen"[40].

La extinción de la obligación solo ocurre cuando la pérdida de la cosa o su destrucción o exclusión del comercio suceda por una causa ajena a la culpa del deudor, responsabilidad que se presume al tenor del artículo 1730 del Código Civil. En caso contrario, es decir, si la cosa perece por culpa del deudor o este no desvirtúa la presunción legal fijada en el artículo 1730, el Código Civil señala que "la obligación subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor".

[39] Véase Ospina Fernández, *op. cit.,* pág. 583.

[40] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 febrero 1959, M. P. José Hernández Arbeláez.

Se incurre entonces en imprecisión, pues es claro que la obligación no puede subsistir, por ser de imposible cumplimiento; surge una nueva[41]. Por consiguiente, lo que subsiste es el vínculo contractual, habiendo variado su objeto, que ya no contendrá una obligación de transferir un cuerpo cierto o una especie determinada, sino que impondrá a una de las partes una obligación indemnizatoria.

Empero, y en esta materia el Código de Comercio modificó el principio general y le asignó el riesgo al deudor (C. de Co., art. 929), enmendando la inequidad manifiesta a la que conduce la teoría tradicional de los riesgos, de manera particular en la regulación del contrato de compraventa, agregando que en tales casos el contrato queda "resuelto de derecho" (C. de Co., art. 930), es decir, extinguido, como se observó en comentario anterior. En nuestro criterio, naturalmente dicha resolución por su naturaleza llevaría a la restitución de las sumas de dinero o cosas que se hubieren entregado por el comprador en atención a sus obligaciones, en los términos de los artículos 961 y siguientes del Código Civil, que consagran el régimen de las prestaciones mutuas originado en la resolución del contrato.

6. Extinción de los contratos por el mutuo acuerdo de las partes

A riesgo de pecar de repetitivos, recordemos que el artículo 1602 del Código Civil puntualiza que todo contrato legalmente celebrado puede ser invalidado por el consentimiento mutuo de las partes. Dicha regla se repite en el artículo 1625 del mismo estatuto, bajo el texto "toda obligación podrá extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula".

Si bajo el postulado de la autonomía de la voluntad los individuos son libres en contraer las obligaciones que a bien tengan, en los términos y condiciones que estimen apropiados, resulta elemental que ellos puedan dejar sin eficacia ni efecto los acuerdos a los cuales han llegado. Independientemente de la calificación que merezcan los vocablos "invalidar" o "dar por nulo", los artículos 1602 y 1625 del Código Civil reconocen que los contratantes son los mejores jueces de sus propios intereses, de manera que así como pueden convenir libremente las estipulaciones o compromisos, pueden, por idéntica vía, dejarlas sin efecto alguno.

[41] *Ibid.,* pág. 584.

Tal forma de extinción de los contratos se ha denominado *resiliación* y produce efectos hacia el futuro, lo cual no impide que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y por el mismo convenio, las partes puedan, sin menoscabo de los derechos de terceros, retrotraer los efectos ya consumados. Así, por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa de un inmueble cuyo comprador lo haya gravado con una hipoteca, el acreedor hipotecario no podrá verse afectado por la decisión de las partes. Tampoco podrá usarse en detrimento de la prenda general de los acreedores, como lo establece el artículo 2491 del Código Civil, que consagra la denominada *acción pauliana*, o el artículo 74 de la ley 1116 de 2006, aplicable a las acciones revocatorias en los procesos de insolvencia económica[42].

La extinción del contrato puede inferirse de la conducta tácita de las partes que conduzca, sin duda alguna, a concluir que su intención es dejar sin eficacia jurídica el contrato.

El problema surgió de la armonización de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil. En virtud del primero, en los contratos bilaterales el contratante que ha cumplido con sus obligaciones puede, a su elección, exigirle a su contraparte el cumplimiento del contrato o su resolución. Con fundamento en el segundo, el contratante que ha cumplido, o se ha allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, puede abstenerse de atender sus obligaciones, mientras no le sea satisfecha por su contraparte la prestación a la que tiene derecho[43].

Sin entrar en mayores detalles en torno a un estudio de la condición resolutoria tácita envuelta en todo contrato bilateral, ni de la *exceptio non adimpleti contractus,* es preciso puntualizar que de las normas citadas se concluyó inicialmente que tan solo quien hubiere cumplido de forma adecuada con sus obligaciones podía intentar la acción resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil. No lo podía hacer quien se hubiera abstenido de hacerlo, pues la prosperidad de la

[42] *Ibid.,* pág. 524.

"De esta suerte, no hay inconveniente alguno en que las partes, al revocar un acto anteriormente celebrado entre ellas, v. gr., una compraventa, decidan privar a esta de sus efectos futuros o aún no cumplidos, o que decidan también retrotraer los efectos ya consumados, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban al tiempo de la celebración del acto revocado, desde luego en cuanto esto sea posible, porque si, por ejemplo, la cosa vendida es un caballo que ha perecido en poder del comprador, su restitución es imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*)".

[43] En tal sentido, véase Uribe Holguín, *op. cit.,* págs. 105 y ss.

excepción de contrato no cumplido era evidente[44], generándose con ello una eterna incertidumbre en los contratos mutuamente incumplidos.

La jurisprudencia ha concluido que de la conducta de las partes puede, en algunos casos, deducirse que el mutuo incumplimiento es representativo de su intención de "invalidar el contrato" (C. C., art. 1602) o de "consentir en darlo por nulo" (C. C., art. 1625). En sentencia de casación del 23 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia señaló: "La voluntad de las partes no solo es susceptible de manifestarse a través de [*sic*] declaración expresa, sino también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer [...]. Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales, la significación exacta de desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso [...] contra el resultado inapelable de entenderlas sometidas a la indefinida expectativa de que —en algún tiempo— pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común; o de que la acción implacable del tiempo le de vigencia definitiva a través de [*sic*] la prescripción"[45].

Para que exista mutuo disenso tácito, es necesario que se infiera de los actos y conductas de las partes de tal forma que lleven al pleno convencimiento de que la extinción del contrato es lo deseado por ellas. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 7 marzo de 2000: "Y en lo que respecta al mutuo disenso tácito, desprovisto en realidad de regulación orgánica en la codificación civil, pero no por eso menos importante desde el punto de vista práctico según lo ha puntualizado esta corporación («G. J.», t. CLXXX, pág. 130), es imperioso hacer hincapié en que no siempre que medie el incumplimiento de ambos contratantes y por consiguiente que el artículo 1546 del Código Civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica

[44] URIBE HOLGUÍN, *op. cit.,* pág. 106.

"El acreedor demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir y el deudor demandado, que debía cumplir después de aquel según contrato, tampoco ha cumplido si se allana a hacerlo, porque el acreedor demandante no lo hizo previamente, como debía. En esta hipótesis, sí puede el deudor demandado proponer con éxito la excepción".

[45] Citada por HINIESTROSA, *op. cit.,* pág. 880.

de tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura; «[...] *es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución*, *sean expresivos*, *tácita o explícitamente*, *de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato* [...]». («G. J.», t. CLVIII, pág. 217)"[46]. (Bastardilla nuestra).

7. Extinción de los contratos por anulación o resolución

Los contratos también se extinguen por su anulación o resolución. La primera corresponde a la extinción de la eficacia jurídica por decisión judicial en la que se reconozca la ocurrencia de un vicio generador de nulidad absoluta o relativa. La segunda, por el efecto resolutorio derivado del incumplimiento de una de las partes. Acometeremos a continuación el estudio de ellas desde la perspectiva exclusiva relacionada con la forma de extinción de los contratos, sin entrar en un análisis detallado de cada una de dichas figuras, propio de otros apartes de esta obra.

A) *Anulación*

Según lo previsto en el artículo 1625, ordinal 8º, del Código Civil, las obligaciones, y como dijimos, con ellas los contratos, se extinguen por la declaración de nulidad o por la rescisión. El artículo 1740 del Código Civil establece que es "nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes", agregando que la nulidad puede ser absoluta o relativa.

La primera ocurre cuando el acto o contrato tiene objeto o causa ilícita, o se ha omitido algún requisito o formalidad exigida por la ley, o cuando es celebrado por un absolutamente incapaz (C. C., art. 1741). Hay nulidad relativa, y procede la rescisión del contrato, cuando el acto está afectado con cualquier otro vicio, como por ejemplo los vicios del consentimiento, o cuando fue celebrado por un relativamente incapaz.

El Código de Comercio, en los artículos 897 y siguientes, procuró —en nuestro criterio en forma no muy afortunada—[47] mayor precisión

[46] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 7 marzo 2000, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

[47] En tal sentido, véase Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles,* t. I, Teoría general del negocio mercantil, 12ª ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2007, págs. 282 y ss.

con respecto a los defectos de los actos jurídicos y de los contratos, y sus consecuencias, distinguiendo entre la ineficacia (art. 897), la inexistencia (art. 898), la nulidad absoluta (art. 899), la anulabilidad (art. 900), la inoponibilidad (art. 901), la nulidad parcial (arts. 902 y 903) y la conversión del negocio jurídico nulo (art. 904). De estas, y para los propósitos de este capítulo, advertimos que la inoponibilidad (art. 901) no causa la extinción del contrato, y que algunos de los eventos previstos en los artículos 902 a 904 tampoco la generan.

Con esta perspectiva, se imponen algunas precisiones, de cara a la extinción del contrato. La primera se relaciona con la ineficacia, figura jurídica consignada en el artículo 897 del Código de Comercio. Señala esta disposición que "cuando en este código de exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial". Si como lo hemos anunciado en el preámbulo de este capítulo, por extinción del contrato debe entenderse la terminación del vínculo jurídico que ata a los contratantes o el reconocimiento legal o judicial de que el negocio celebrado no podía generar dicho vínculo y, por consiguiente, la pérdida definitiva de la capacidad que la ley le reconoce al negocio jurídico de continuar produciendo efectos jurídicos, indudablemente desde el punto de vista formal, el artículo 897 del Código de Comercio —que consagra la ineficacia liminar o de pleno derecho de los actos o contratos— constituye una forma de extinción de los contratos. Sin embargo, no pocas son las controversias en torno a dicha figura jurídica, que se trata en otro aparte de esta obra.

Esta requiere una norma expresa que consagre esta sanción, de cuya estirpe son, entre otros, los artículos 110(4) del Código de Comercio, relativo a la indeterminación del objeto social de las sociedades, o el 150 *ibidem,* que resta cualquier eficacia a la cláusula del contrato social que prive por completo de la participación en las utilidades a alguno de los socios, o la estipulación que pretenda establecer la inamovilidad de los administradores sociales (C. de Co., art. 198), o la que los exonere de rendir cuentas de su gestión (art. 318, *ibid.*), o las cláusulas que contravengan las normas relativas al arrendamiento de locales comerciales (art. 524, *ibid.*), o las cláusulas del contrato de transporte que impliquen la exoneración total o parcial de las obligaciones y responsabilidades del transportador (art. 992, *ibid.*), para señalar tan solo algunas.

Sin embargo, en nuestro criterio, poca utilidad y sí gran confusión genera esta figura. Desde el punto de vista estructural, si la ineficacia

requiere norma expresa que la consigne, significa ello que la disposición que así lo señale constituye una norma imperativa, de obligatoria atención por los contratantes, que no puede ser derogada por los particulares en cuanto lo prohíbe el artículo 16 del Código Civil y, por tanto, de ser quebrantada, constituiría una causal de nulidad absoluta del contrato o del clausulado respectivo, tal como lo consigna el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, que impone tal sanción cuando se contraría una norma imperativa.

Pero además, la referencia a que para su reconocimiento no se requiere declaración judicial no pasa de ser una referencia legal que cae en el vacío, hasta el punto de que el artículo 133 de la ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 147 de la misma ley, asigna a algunas autoridades administrativas (superintendencias) o al juez competente la competencia para reconocer de oficio o a petición de parte los presupuestos de la ineficacia liminar. Incluso bajo el nuevo estatuto arbitral y con referencia a la autonomía de la cláusula compromisoria, el artículo 5º de la ley 1563 de 2012 permite someter a la decisión arbitral controversias en las cuales se debata la existencia, *eficacia* o validez del contrato al cual accede aquella cláusula (bastardilla fuera del texto).

Desde otro ángulo y con vista a la extinción de los contratos, y con unas pocas referencias que en el contexto de este capítulo justifican los artículos 902 a 904 del Código de Comercio, es pertinente anotar que la nulidad del contrato también bajo el régimen mercantil, al igual que bajo el civil, genera la incapacidad de continuar generando efectos jurídicos con consecuencias retroactivas, por lo que causa su extinción. En virtud de su reconocimiento judicial, habrán de reponerse las cosas al estado en que se encontraban en el momento de su celebración, sin perjuicio de la posibilidad de ratificar o sanear el negocio jurídico nulo, a cuyo género pertenece la teoría de la conversión del negocio jurídico, cuando ello es posible, y según se ha puesto de presente en el respectivo capítulo de esta obra; de manera que en tales casos la nulidad no es causal de la extinción del contrato.

Desde esta orilla, estas tres normas del Código de Comercio exigen una puntualización adicional, pues en virtud de ellas no siempre los vicios que se identifican como generadores de nulidades causan la extinción del contrato. Tienen la particularidad de propender a la preservación del contrato como eje de las relaciones sociales. La ley supone que los contratos se celebran para ser ejecutados y satisfechas sus obligaciones y para que los efectos deseados por las partes se alcancen, de preferencia a su aniquilamiento.

Esta premisa no es simplemente un catálogo de buenas intenciones, sino un postulado jurídico recogido en normas como el artículo 1603 del Código Civil, el 871 del Código de Comercio y, en particular, en ese listado de reglas de interpretación de los contratos contenidas en siete artículos —del 1618 al 1624 del Código Civil—, que constituyen un verdadero tratado que apunta a preservar el principio según el cual los contratos se celebran para que alcancen los fines perseguidos. Como señaló la Corte Suprema de Justicia: "Es preciso interpretar los contratos de manera que produzcan efectos [...]"[48].

Así, debe preferirse la real voluntad de las partes a lo literal de las palabras (C. C., art. 1618), o inclinarse por el sentido de una cláusula que produzca un efecto sobre el que no lo tiene (art. 1620), o adecuar la interpretación del contrato con la que mejor cuadre según su naturaleza (art. 1621); o preservar la integridad del contrato en su totalidad (art. 1622). Como señala la jurista argentina AÍDA KEMELMAJER, al comentar normas semejantes del derecho español, "se trata del principio del máximo significado útil o de conservación del acto o de la directiva de interpretación conservadora [...]. La regla presume que al contratar, las partes lo hacen seriamente y con un propósito práctico de satisfacer necesidades individuales, por lo que se hace menester proteger la subsistencia del contrato como mecanismo apto para alcanzar la finalidad perseguida"[49].

El artículo 902 del Código de Comercio consigna la denominada nulidad parcial, en virtud de la cual el vicio de una de las cláusulas contractuales no acarrea la nulidad de todo el contrato, salvo que se acredite que sin dicha cláusula las partes no hubieren celebrado el contrato. Podemos afirmar, entonces, que la nulidad de algunas cláusulas genera la nulidad de todo el contrato, solo cuando la parte viciada haya sido la determinante en la celebración del contrato o convención. Desde la perspectiva de la extinción de los contratos, constituye una excepción a la regla general según la cual la nulidad constituye una causa de extinción de ellos.

En igual sentido, el artículo 903 del Código de Comercio consigna que en los negocios plurilaterales la nulidad que afecte tan solo a uno de los contratantes no conduce a la extinción del contrato, sino tan solo del vínculo con respecto a quien le concierna el vicio. Constituye,

[48] C. S de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 abril 1932.

[49] AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos* (Jorge Oviedo Albán, Dir.), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, pág. 77.

también, una excepción de la regla general de que la nulidad del contrato causa su extinción.

Por último, el artículo 904 del Código de Comercio establece que el "contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que estas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato". Consigna la teoría de la conversión del negocio jurídico, según la cual se impone y prima el objetivo sustancial sobre lo formal, preservando la finalidad perseguida por las partes y con apoyo en el respeto del principio de conservación de los negocios. Exige, como lo indica Massimo Bianca, cuatro elementos[50], a saber, "1) La nulidad del contrato; 2) la idoneidad de los efectos jurídicos modificados, para satisfacer, en buena medida, los intereses de las partes; 3) la presencia, en el contrato estipulado, de los requisitos necesarios para producir los diferentes efectos jurídicos; 4) la ignorancia de las partes acerca de la invalidez del contrato estipulado"[51].

Sin perjuicio de las censuras que pueden formulársele a la teoría de la conversión del negocio jurídico[52], como por ejemplo, que constituye una excepción al antiquísimo principio según el cual "la ignorancia de la ley no sirve de excusa" (C. C., art. 9º), y la dificultad que al exigirse desentrañar el elemento subjetivo que demuestre que otro fue el negocio jurídico deseado por las partes, lo cierto es que transformado el contrato en otro distinto, la conversión del contrato es una excepción al principio según el cual su anulación conduce a la extinción del convenio.

B) *Resolución del contrato*

En páginas anteriores anotamos que por voluntad de las partes, los contratantes pueden someter la vigencia del contrato —y por ende, prever su extinción— a las condiciones resolutorias que consideren apropiadas, de manera que su acaecimiento da lugar a la extinción de aquel. El fenómeno de la extinción del contrato por la ocurrencia de la condición resolutoria tácita es diferente, pues mientras que aquellas tienen su origen en la verificación del hecho futuro e incierto fijado por

[50] Bianca, *op. cit.,* pág. 653.

[51] En el mismo sentido, véase a Nicolás Coviello, *Los negocios jurídicos,* Bogotá, Leyer, 2006, págs. 30 y ss.

[52] Véase Arrubla Paucar, *op. cit.,* págs. 319 y ss.

las partes, esta proviene del incumplimiento de la obligación contraída. El artículo 1546 del Código Civil[53] la consagra y la entiende incorporada en todos los contratos bilaterales. En razón de ella se faculta al contratante cumplido, ante el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, a pedir la ejecución del convenio o su resolución, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios, y por ello se extingue el contrato.

La regla anterior se aplica no solo a los contratos de ejecución instantánea, sino también a los de tracto sucesivo, y en tal evento la resolución del contrato toma el nombre de *terminación*. Tal distinción fue aclarada por el Código de Comercio (art. 870) al indicar que "en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios".

Lo dicho resulta de importancia en cuanto a que los efectos de una y otra son diferentes. Mientras que cuando se trata de contratos bilaterales de ejecución instantánea, la resolución impone retrotraer las cosas al estado original, en los de ejecución o tracto sucesivo, la terminación solo producirá efectos hacia el futuro. Es ejemplo de los primeros un contrato de compraventa cuyo precio no fue pagado oportunamente: deberá resolverse y las partes deberán restituirse tal como estaban al momento de la celebración del negocio jurídico, la una, devolviendo el precio recibido, y la otra, la cosa vendida, más los correspondientes perjuicios. Del segundo, es muestra el arrendamiento: el incumplimiento dará lugar a su terminación pero no habrá lugar, por motivos obvios, ni a la restitución de los cánones pagados ni del disfrute de la cosa arrendada.

Resulta oportuno precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia, no todo incumplimiento tiene el efecto de abrir paso al ejercicio de la acción resolutoria, máxime si en las actuales condiciones de desarrollo el derecho ha sobrepasado el ámbito de los contratos típicos y propios del siglo XIX, como lo son la compraventa, la permuta, el arrendamiento y otros, para abrirse paso a los contratos esencialmente de colaboración, como son los de asociación, concesión, *joint venture,* fiducia,

[53] C. C., art. 1546, "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

distribución, agenciamiento comercial, etc., con horizontes más extensos en el tiempo que apuntan a visualizar las partes de los contratos, no como oponentes y contrincantes, sino como verdaderos colaboradores en favor de alcanzar el objeto perseguido. Así se desprende de decisiones de la Corte Suprema de Justicia como la siguiente: "Preliminarmente, se debe recordar que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requiere la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la disposición a cumplir del otro. Igualmente, se ha indicado que en la institución de que se trata resulta protagónica la figura del incumplimiento, como elemento estructural de esta causa de extinción de los contratos, pues, sobre la base del respeto al principio de normatividad de los negocios jurídicos, se establece una circunstancia excepcional que permite solicitar a la administración de justicia la aniquilación de la relación contractual, consistente en que uno de los contratantes —deudor de determinados deberes de prestación— ha incumplido o desatendido sus compromisos, y dicho incumplimiento es de tales características que puede dar lugar a que se adopte una solución del mencionado temperamento o rigor. Por lo anterior, cuando se alude al señalado requisito se lo denomina como *incumplimiento resolutorio*[54], por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato.

"[...] Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del «programa obligacional» previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor —particularmente la resolución contractual—, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos

[54] Luis Díez-Picazo, *Los incumplimientos resolutorios,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005; Mario E. Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, págs. 237 y ss.; Carlos Miguel Ibáñez, *Resolución por incumplimiento,* Buenos Aires, Astrea, 2006, págs. 176 y ss.; Enrico Dell'Aquila, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1981, págs. 170 y ss.

o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

"En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento[55], determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato —en la que se incluye la inobservancia de un *término esencial*—, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la *economía del contrato*"[56].

En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 11 septiembre 1984[57] (M. P. Humberto Murcia Ballén), de 22 octubre 2003 (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo)[58] y del 7 marzo 1997[59] (M. P. José Fernando

[55] El artículo 1455 del Código Civil italiano establece que "[e]l contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra". En sentido semejante el canon 325 del Código Civil alemán. ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil,* t. III, De las obligaciones, Bogotá, Edit. Temis, 1978, 1981, págs. 178 y 179; CHRISTIAN LARROUMET, *Teoría general del contrato,* vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1999, pág. 153. En el mismo sentido para el derecho español, LUIS DÍEZ-PICAZO, Fundamentos de derecho civil patrimonial, t. II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 710.

[56] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 18 diciembre 2009. M. P Arturo Solarte Rodríguez.

[57] "[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.

"[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.".

[58] "En justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra".

[59] "[R]azones de orden jurídico, pero también económico, permiten afirmar que la alternativa que ofrece el art. 1546 del C. C., encuentra un límite en eventos como el

Ramírez Gómez) y los principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010[60].

8. La imprevisión como causa de extinción de los contratos

El principio *pacta sunt servanda* o "el contrato es ley para las partes" impone que las prestaciones convenidas deben atenderse al tenor de lo pactado. Alterar su contenido no es, en principio, facultad del juez —a quien también obliga el contrato en cuanto no podrá reinventarlo o reescribirlo apartándose de la voluntad de las partes, aunque ella le sea extraña, incómoda o le resulte insólita—, sino de las partes, que son los mejores jueces de sus intereses.

Pero ¿qué sucede si el objeto de la obligación y, por ende, su cumplimiento, se ha visto dificultado y se ha tornado excesivamente gravoso

---

descrito, donde, según se vio, el contrato ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del demandante, y no a raíz de la demanda. Estas circunstancias excluye[n] de por sí el aniquilamiento de la relación material, de un lado por quedar eliminada la idea de desistimiento, y de otro, en consideración a la irrelevancia del incumplimiento, frente al interés económico del contrato. Respecto a lo primero, el cumplimiento parcial de una misma obligación o de varias escindibles, sumada a la intención de llevar a cabo las prestaciones aún pendientes, trasluce, a no dudarlo, una manifestación inequívoca de perseverar en todo lo pactado. En torno a lo segundo, no sobra repetir que el contrato fue cumplido en importante porcentaje de las prestaciones [...]".

[60] Sección 3: Resolución artículo 7.3.1 (derecho a resolver el contrato).

"1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

"2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

"a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

"b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

"c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

"d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

"e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

"3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5.A".

para una de las partes, sin que obedezca a un evento de fuerza mayor o caso fortuito que torne imposible el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso, como ya hemos visto, se extingue el contrato? ¿Debe el juez intervenir para reparar el desequilibrio presentado, cuando se ha generado un desequilibrio entre las partes proveniente de nuevas y extraordinarias circunstancias —imprevistas—, que si bien no impiden la ejecución del contrato tornan excesivamente onerosa la atención de la prestación?[61]. La respuesta a tal pregunta dio origen a la denominada teoría de la imprevisión, que debe revisarse desde el punto de vista de la extinción del contrato.

Los respetuosos de la *intangibilidad* de los contratos y del principio *pacta sunt servanda* rechazan la posibilidad de que el juez intervenga para recomponer el contrato y mantener el equilibrio económico en las prestaciones. Así se expresan, por ejemplo, los profesores RICARDO URIBE HOLGUÍN[62] y GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ[63]. Otros, como ALESSANDRI, manifiestan su apoyo[64]. Sin perjuicio de los reparos que puedan formularse a la teoría de la imprevisión y de las dificultades que entraña su aplicación con fundamento en criterios de equidad para la recomposición del contrato —que no siempre coinciden con los intereses particulares—, en nuestro medio su reconocimiento por la jurisprudencia se remonta a la primera mitad del siglo pasado, cuando fue adoptada en sentencia de 29 octubre 1936, que acogió el principio de que los contratos se celebraran en unas condiciones que debían permanecer estables, principio conocido como *rebus sic stantibus,* y que encontró su desarrollo al amparo del artículo 8º de la ley 153 de 1887.

El artículo 868 del Código de Comercio le dio carácter legal al establecerla bajo el siguiente texto: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá pedir su revisión", y en tal evento el juez queda facultado para hacer los ajustes que "la equidad le indique" o dar por terminado el contrato.

[61] Véase C. C., art. 1498; al definir el contrato conmutativo, la ley presume que la prestación se mira como equivalente de la que la otra parte ha contraído.

[62] URIBE HOLGUÍN, *op. cit.,* págs. 120 y ss.

[63] OSPINA FERNÁNDEZ, *op. cit.,* pág. 80.

[64] ALESSANDRI, *op. cit.,* págs. 159 y ss.

El postulado cardinal del artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos son ley para las partes y, por consiguiente, quedan sometidas a las reglas que ellas fijaron, debe entonces interrelacionarse con la teoría de la imprevisión, que tuvo su origen en los notorios desequilibrios generados a raíz del desastre económico que siguió tras la primera guerra mundial. En virtud de la teoría de la imprevisión, el contrato puede ser no solo variado y ajustado utilizando principios de la equidad, sino extinguido, si aquello no es posible, constituyéndose de esta manera una nueva modalidad de terminación de los contratos ajena al postulado expresado en el artículo 1602 del Código Civil.

La esencia de la teoría de la imprevisión se puede resumir en la siguiente cita: "De acuerdo con lo expuesto, se puede inferir que la teoría de la imprevisión se fundamenta en principios generales, tales como la equidad, la buena fe y la función social de los derechos, que impide el ejercicio abusivo de los mismos. Por tanto, en la celebración y en la ejecución de los distintos negocios se deben respetar los principios anteriormente mencionados, ya que resultaría contrario a la equidad y a la buena fe que se le exigiera a una de las partes el cumplimiento de una obligación, a pesar de que circunstancias imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración de dicho negocio, conviertan el cumplimiento de tal obligación en excesivamente oneroso.

"[...] se subraya el hecho de que la ley consagra la igualdad de los particulares frente a la ley, igualdad que debe estar presente tanto en la celebración como en la ejecución del contrato, de manera que la teoría de la imprevisión busca mantener la igualdad entre las partes y la equidad en las distintas relaciones jurídicas, al buscar corregir los efectos del cambio en las circunstancias de hecho posteriores a la celebración del contrato, que rompan tanto el equilibrio contractual como la igualdad entre las partes.

"En cuanto a la teoría de la imprevisión y su relación con el principio de la autonomía de la voluntad privada, es preciso aclarar que aquella constituye un límite y no una excepción a este postulado, dado que la mencionada teoría pretende conservar la situación jurídica y económica prevista por las partes, así como mantener un equilibrio y una igualdad entre las mismas en las diferentes relaciones jurídicas. Esto significa que una adecuada aplicación de la teoría, contribuye a que se preserve la igualdad entre las partes, impidiendo una aplicación sesgada y mecánica de los contratos. En consecuencia, la teoría de la imprevisión no vulnera el principio de la autonomía de la voluntad, ya que a través de [*sic*] este último las partes crean los diferentes negocios jurídicos que

requieren, acordando libremente sus términos y condiciones, mientras que la imprevisión busca regular aspectos *de facto,* posteriores a la celebración del contrato, que afectan lo estipulado. De manera que lo que se pretende con la teoría de la imprevisión es regular situaciones no previstas por las partes al momento de perfeccionar su relación, con el propósito de controlar circunstancias sobrevinientes inesperadas, acaecidas luego de [*sic*] la celebración del contrato y que afectan la voluntad de los contratantes"[65].

Su aplicación únicamente procede cuando se reúnan las siguientes condiciones: 1) debe tratarse de hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles; 2) no debe ser generado por la culpa de los contratantes, al no haberlos previsto cuando en razón de su idoneidad o experiencia los hubieran podido prever; 3) deben haberse producido con posterioridad a la celebración del contrato; 4) el contrato debe ser de tracto o ejecución sucesiva. Como lo indica la norma en comento, no se admite el reajuste contractual cuando el contrato es de ejecución instantánea o aleatorio, y 5) el efecto debe ser de tal magnitud que la prestación futura se torne excesivamente onerosa[66].

En materia de contratación estatal, el artículo 4º de la ley 80 de 1993, numeral 8, recoge este principio y establece que las entidades estatales "adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso o de contratar en los casos de contratación directa"[67].

[65] Laudo arbitral de Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá, S. A., E. S. P., vs. Compañía Eléctrica de Sochagota, S. A., E. S. P., de 21 octubre 2004. Árbitros: Jorge Suescún Melo, María Cristina Morales de Barrios y Carlos Esteban Jaramillo Scholss.

[66] *Idem*.

"Del texto del artículo 868 del Código de Comercio, el cual, como se indicó, consagra expresamente la teoría de la imprevisión en el derecho privado colombiano, la doctrina ha deducido los elementos necesarios para la aplicación de la mencionada teoría, a saber: ha de tratarse de hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles, pero en el entendido [de] que el deudor no debe haber incurrido en culpa al no haber previsto aquello que por su experiencia e idoneidad estaba en capacidad de haber anticipado con razonable diligencia. El hecho debe ser ajeno al deudor, de manera que ni este ni sus dependientes o subordinados han debido te-ner participación en su ocurrencia. Como consecuencia del acaecimiento del hecho, el cumplimiento de la obligación ha de hacerse excesivamente oneroso para el deudor y dicha mayor onerosidad ha de ser inevitable para el obligado".

[67] En tal sentido y con respecto a su alcance, véase Laudo arbitral de Empresa de Energía Eléctrica de Boyacá, cit.

9. Obligaciones poscontractuales o derivadas de la terminación del contrato

Es común concebir que extinguido el contrato, habrán fenecido la totalidad de las obligaciones. Sin embargo, debe reconocerse que hay casos en que a la extinción del contrato le sobreviven algunas obligaciones, ya por disponerlo la ley o por haberlo convenido las partes, las que podríamos llamar obligaciones poscontractuales[68].

Por ejemplo, el contrato de matrimonio (C. C., art. 113) se disuelve por el divorcio[69]; sin embargo, una de sus obligaciones, como es la de pagar alimentos en favor de cualquiera de los cónyuges, permanece vigente a cargo del cónyuge culpable del divorcio y en favor del cónyuge inocente (C. C., art. 411.4). Otro evento es la obligación de salir al saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios. Atendidas las obligaciones principales del contrato de compraventa —contrato de ejecución instantánea—, la obligación de salir al saneamiento prevista en los artículos 1893 y siguientes del Código Civil le sobrevive a su ejecución.

El pacto arbitral, ello es, el acuerdo de someter a arbitraje las diferencias que surjan entre las partes de un contrato, es otro ejemplo de convenios que le sobreviven a la extinción del acuerdo de voluntades. El artículo 5º de la ley 1563 de 2012 indica que la cláusula compromisoria, como modalidad del pacto arbitral[70], no se ve afectada por "la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato" y por lo tanto "podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido".

Otro ejemplo es el de las servidumbres petroleras impuestas a terceros para adelantar labores de exploración o explotación, que a la terminación del contrato estatal deben transferirse al Estado (decr. 1056 de 1953, art. 33). De la misma manera, le pueden sobrevivir al

[68] En el mismo sentido, véase Fabricio Mantilla Espinosa, "Introducción" a la segunda parte, en *La terminación del contrato*, *op. cit.,* pág. 127.

[69] "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado [...]".

[70] Ley 1563 de 2012, art. 4º: "El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas".

Ley 1563 de 2012, art. 5º: "La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él".

contrato cláusulas como la de confidencialidad, de preferencia, de no competencia o de exclusividad, que se extienden en el tiempo a pesar de que el contrato inicial se haya extinguido.

10. CONCLUSIÓN

Como se ha podido desentrañar, las causales de extinción o terminación de los contratos no se limitan —por el contrario, se extienden— a las previstas en el artículo 1602 del Código Civil. Tampoco que exista similitud entre la disolución del contrato y su extinción. Aquella es una especie del género que es esta. En este breve capítulo hemos querido demostrar —y esperamos haberlo logrado— que los contratos se extinguen por otras causas, entre las cuales está el pago o solución de la obligación, que no podemos ignorar, pues el contrato carece de sentido jurídico si con él no se procura la satisfacción del vínculo obligacional generado por su celebración. Los distintos modos de extinción de las obligaciones causan su extinción, por definición y por la misma esencia del contrato, como quiera que aquel es generador de obligaciones.

Igualmente, el principio de la autonomía de la voluntad da soporte a la extinción de los contratos por el mutuo consentimiento —ya sea expreso o tácito— y a su terminación por las condiciones y plazos previstos por los contratantes.

No podemos olvidar, así mismo, que el postulado de inmutabilidad unilateral de los contratos cuenta con múltiples y diversas excepciones, ya por preverlas la ley, ya por haber sido convenidas por los contratantes, que permiten, también como forma de extinción de los contratos, su terminación unilateral.

La anulación, en sus diversas clasificaciones y variantes, y la resolución del contrato por el incumplimiento de una de las partes, también son motivos de extinción de los contratos, con consecuencias diversas, según se ha visto, y en particular con sentidas excepciones, como es la figura de la conversión del negocio jurídico. Finalmente, la teoría de la imprevisión, tema de inagotable debate, es otro de los mecanismos de extinción de los contratos que se aleja del postulado establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

Nos ha solicitado la Universidad de los Andes en el proceso de actualización de este ensayo para la nueva edición del libro *Derecho de las obligaciones* presentar una propuesta de actualización relativa al tema tratado. A riesgo de atentar contra la redacción del Código Civil,

que ha sobrepasado los rigores de la crítica, y que cuenta con más de 125 años de admiración y reconocimiento del mundo jurídico colombiano, algunas precisiones podrían resultar de recibo, las cuales hago con la benevolencia de los lectores y de mis colegas, y con el permiso de su redactor y nuestro respeto a él.

Algunos ajustes que serían de gran conveniencia para precisar el alcance de algunas instituciones jurídicas a las cuales nos hemos referido en este capítulo. En particular se imponen una actualización y una unificación en temas como relativos a la teoría de los riesgos, que exige una unificación entre el régimen civil y el comercial.

Lo propio respecto de la necesidad de unificar el régimen relativo a la anulación de los actos o contratos, a fin de evitar la duplicidad innecesaria y en algunas ocasiones confusa entre el Código Civil y el de Comercio.

También la clarificación los términos bajo los cuales puede acudirse a ejercitar la acción resolutoria, que tiene algunas particularidades reguladas en forma diferente entre el Código Civil y el Código de Comercio, al igual que la necesidad de consagrar en el aspecto legal el significado, caracterización y consecuencias del mutuo disenso como causal de disolución de los contratos bilaterales.

Tales aspectos que con seguridad han sido alertados en otros apartes de esta obra. En lo que hace al artículo 1602 del Código Civil, cuando indica que los contratos, además de ser ley para las partes no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo o por causas legales, estimamos que podría ser objeto de algunos ajustes que pudieran dar respuesta más amplia a la pregunta que dio origen a este capítulo.

En primer lugar, y a fin de evitar confusiones, la palabra "invalidado", sinónimo de dejar "nulo y sin ningún valor"[71] el acto o contrato, no resulta completamente afortunada, pues sin lugar a dudas, desde el punto de vista jurídico es más propia de la verificación y confrontación de los requisitos de validez consignados en el artículo 1502 del Código Civil que de la terminación del contrato. Máxime cuando el propio artículo comienza con el reconocimiento de la validez del contrato bajo la expresión "todo contrato *legalmente* celebrado...". Si fue legalmente celebrado, resulta un contrasentido que sea también inválido.

Por otra parte, y como se ha expuesto en las líneas previas, hay ocasiones, y muchas, en que la extinción del contrato no tiene su origen en

[71] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* 21ª ed., t. II, Madrid, Espasa-Calpe, 2000, pág. 1185.

defectos que afecten la validez o existencia de este, como se desprende, precisamente, del mismo texto del artículo 1602 del Código Civil, al indicar que es vinculante "todo contrato legalmente celebrado". Hay algunas que tienen su origen precisamente en la plena validez del contrato que ha alcanzado su propósito. Sin lugar a dudas, reconocer que el contrato es ley para las partes y señalar "que únicamente se extingue por..." en lugar de "...no puede ser invalido sino por...", podría conducir a una clarificación del tema tratado.

Complemento de lo anterior, consideramos que puntualizar que son causales de extinción del contrato el consentimiento de las partes, la extinción de las obligaciones surgidas de él por los motivos previstos en el artículo 1625 del Código Civil, por las causales fijadas por las partes y las demás previstas en la ley —bajo las cuales quedaría cobijada la nulidad absoluta y relativa, la condición resolutoria, la imprevisión, la decisión unilateral, etc.—, podría completar y definir de manera adecuada el fenómeno de la extinción de los contratos.

11. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI R., ARTURO *et al*.: *Tratado de las obligaciones,* 2ª ed., t. III, Santiago de Chile, Imprenta Salesianos, 2004.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO: *Contratos mercantiles,* 12ª ed., t. I, Teoría general del negocio mercantil, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, Cometa, 1999.

BIANCA, MASSIMO: *Derecho civil,* t. III, *El contrato,* trad. de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BOTERO ARISTIZÁBAL, LUIS FELIPE: "Apuntes sobre la terminación unilateral", en *La terminación del contrato* (Jorge Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa, dirs.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

COVIELLO, NICOLÁS: *Los negocios jurídicos,* Bogotá, Leyer, 2006.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos del derecho civil patrimonial,* 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

FUEYO LANIERI, FERNANDO: *Corrección monetaria y pago legal,* Bogotá, Edit. Temis, 1978.

HINESTROSA, FERNANDO: *Tratado de las obligaciones*. *Concepto*, *estructura*, *vicisitudes*, 2ª ed., t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

JOSSERAND, LOUIS: *Derecho civil,* t. I, Teoría general de las obligaciones, trad. de Santiago Cunchillos y Manterota, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984.

Kemelmajer de Carlucci, Aída: *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos* (Jorge Oviedo Albán, dir.), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

Mantilla Espinosa, Fabricio: "Introducción" a la Primera Parte, en *La terminación del contrato* (Jorge Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa, dirs.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

Ospina Fernández, Guillermo: *et al*.: *Teoría general de los actos o negocios jurídicos,* Bogotá, Edit. Temis, 1980.

Planiol, Marcel: *Tratado elemental de derecho civil*, 12ª ed., t. v, trad. de José M. Cajicá, México, D. F., Editora Elysan, 1947.

Rengifo García, Ernesto: *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Sigma Editores, 2002.

Silva Avendaño, Catalina: *Corrección monetaria de obligaciones dinerarias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Uribe Holguín, Ricardo: *De las obligaciones y de los contratos en general,* 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1982.

Capítulo X

La voluntad expresada unilateralmente como fuente de obligaciones

Arturo Sanabria Gómez*

1. Introducción

Las obligaciones surgen de diferentes fuentes sobre las que ha habido un profundo debate que, por supuesto, no es objeto de este estudio.

El Código Civil colombiano dispone, en el artículo 1494[1], al referirse a las fuentes de las obligaciones, que ellas nacen de los contratos, de los hechos que han inferido injuria o daño a una persona, de la ley directamente (o por su sola disposición) y del hecho voluntario de la persona que se obliga.

Pues bien, al hecho voluntario de la persona que se obliga o, mejor, a la voluntad expresada de manera unilateral como fuente de obligaciones, se circunscribirá este estudio.

Para comenzar, es importante indicar que el propio artículo 1494 del Código Civil colombiano introduce una distinción importante al referirse a esta fuente de obligaciones.

En efecto, después de indicar que una de las fuentes de las obligaciones es el hecho voluntario de la persona que se obliga, presenta dos

* Abogado de la Universidad del Rosario, con Especialización en Derecho Comercial en la Universidad de los Andes, Maestría en Leyes en la Universidad de Columbia, en Derecho Civil en la Universidad de Paris II (Panteon - Assas) y en Responsabilidad Civil en la Universidad de Roma "La Sapienza". Se ha desempeñado como docente universitario; fue vicepresidente jurídico de Colseguros (hoy Allianz Colombia) y actualmente se desempeña como abogado independiente en derecho de seguros, contratos y derecho comercial.

[1] C. C., art. 1494 "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

ejemplos: la aceptación de una herencia o legado y los cuasicontratos. A partir de ello puede afirmarse que la voluntad expresada de modo unilateral como fuente de las obligaciones tiene dos vertientes o formas: 1) el acto jurídico unilateral y 2) los cuasicontratos.

Por su parte, el artículo 2302[2] del Código Civil colombiano (modificado por el artículo 34 de la ley 57 de 1887) se refiere de nuevo a las fuentes de las obligaciones al indicar que las obligaciones que se contraen sin convención (que no surgen de un contrato) tienen su fuente en la ley o en el hecho voluntario de las partes y, respecto de este, que, si es lícito, constituye (o es) un cuasicontrato.

Es interesante poner de resalto una incongruencia entre las dos normas mencionadas: mientras el artículo 1494 del Código Civil colombiano presenta la aceptación de una herencia o legado como ejemplo del hecho voluntario de la persona que se obliga, la segunda norma, el artículo 2302 del mismo código, circunscribe el hecho voluntario (lícito) a los cuasicontratos.

Parece impropio el ejemplo del artículo 1494 del Código Civil colombiano porque la aceptación de una herencia o legado, como se explicará adelante, no es en estricto sentido un hecho voluntario sino un acto jurídico, y entre los dos conceptos existen, por supuesto, diferencias importantes.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, es claro que para nuestro ordenamiento las obligaciones que tienen como fuente la voluntad expresada de manera unilateral tienen dos manifestaciones: actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos unilaterales o cuasicontratos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la primera parte de este artículo se referirá al acto jurídico unilateral y, la segunda parte, a los cuasicontratos.

2. El acto jurídico unilateral

Antes de abordar el acto jurídico unilateral como fuente de obligaciones, es necesario hacer referencia a las diferencias más evidentes entre el acto y el hecho jurídico. Dentro de la clasificación moderna de

[2] C. C., art. 2302: "Las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

"Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

"Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

"Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

las obligaciones (de origen alemán[3]), el hecho jurídico y el acto jurídico tienen un papel fundamental, pues son los que ponen en movimiento la norma jurídica como "imperativo hipotético"[4].

El acto y el hecho jurídico tienen unas diferencias esenciales, en cuanto a su estructura, siendo la más importante el papel que desempeña la voluntad del (los) agente(s). En efecto, el acto jurídico "comprende toda manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a la producción de efectos jurídicos"[5]. Los actos jurídicos, a su vez, pueden ser unipersonales y pluripersonales, según el número de personas que manifiesten su voluntad para su configuración. Los primeros serán objeto de este estudio, los segundos, llamados "contratos o convenciones" o actos plurilaterales, no formarán parte de este trabajo.

Por otra parte, el "hecho jurídico es un acontecimiento que produce efectos jurídicos. En ocasiones consiste en un hecho voluntario del hombre (infracciones penales, daño ocasionado a otro). En ocasiones, se trata de hechos no voluntarios (acontecimientos del mundo biológico: nacimiento, muerte; o del mundo físico: fuerza mayor)"[6].

Salta a la vista que el elemento principal que permite su diferenciación es la voluntad. En los actos jurídicos los elementos primordiales son: 1) la manifestación de la voluntad y 2) el objetivo específico a que dicha voluntad tiende. Así, por ejemplo, cuando el oferente manifiesta su voluntad, lo hace con objeto de dar origen a un negocio jurídico. Por el contrario, el hecho jurídico no cumple estos dos requisitos esenciales.

[3] "Las observaciones que se han venido formulando en torno de la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones han llevado a la doctrina a buscar otra clasificación que resulte más razonable. Dentro de los intentos realizados en ese sentido, se destaca la llamada teoría del hecho jurídico, cuya elaboración fue realizada por los pandectistas alemanes de los siglos XVIII [*sic*] y fue adoptada en el código alemán de 1900.

"Esta teoría parte de la base de que toda relación de derecho se deriva, en último término, de la ley. Esta, en otras palabras, constituye la premisa mayor del proceso lógico de generación de las relaciones jurídicas en general y de las obligaciones en particular.

"Pero la ley no actúa por sí sola. Para que actúe se necesita un hecho que la ponga en movimiento; un hecho hipotético previsto en ella y, por tanto, trascendental a lo jurídico. Por eso se denomina hecho jurídico y constituye la premisa menor dentro del proceso lógico de generación de las relaciones jurídicas". Carlos Darío Barrera Tapias, *Las obligaciones en el derecho moderno,* Bogotá, Edit. Temis, 2004, pág. 19.

[4] Giorgio del Vecchio, *Filosofía del derecho,* 8ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1968, pág. 345.

[5] Guillermo Ospina Fernández, y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 5.

[6] Alberto Tamayo Lombana, "La responsabilidad civil, fuente de las obligaciones", en *Manual de obligaciones,* vol. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998, pág. 308.

En este caso, es la norma la que determina sus efectos jurídicos, no la voluntad de los agentes.

Los actos jurídicos, además, deben tener ciertos elementos constitutivos para existir. La doctrina los ha señalado así: la voluntad manifestada, el objeto posible y la forma, en ocasiones, solemne[7].

El primero se refiere a la exteriorización del interés del agente para producir efectos jurídicos. La voluntad no es relevante jurídicamente si el agente se la reserva en su fuero interno; es eficiente solo si la expresa en el ámbito social.

El segundo elemento alude al "conjunto de relaciones jurídicas que se crean, modifican o extinguen con la manifestación de la voluntad"[8]. El objeto debe ser posible tanto jurídica como físicamente[9] y debe ser concomitante con la manifestación de la voluntad.

Por último, el tercer requisito es determinado por el ordenamiento jurídico en aras de la seguridad jurídica (como ocurre, por ejemplo, con la venta de un bien inmueble mediante escritura pública).

Los hechos jurídicos, a su vez, pueden ser lícitos o ilícitos. En ambos casos "el deudor no tiene la intención de obligarse pero resulta obligado al margen de su voluntad"[10]. Si el hecho es ilícito, esto es, contrario a la ley y le causa daño a alguien, surge la obligación de indemnizar el perjuicio. El hecho ilícito puede ser cometido con la intención de dañar, en cuyo caso se trata de un hecho doloso (delito); o con culpa (error de conducta), en cuyo caso se trata de un hecho culposo (cuasidelito). Si el hecho es lícito, es decir; si no es contrario a la ley, se producen unos efectos jurídicos determinados por la ley (cuasicontratos).

Las anteriores definiciones permiten distinguir el acto jurídico unilateral del contrato unilateral. El primero tiene como fuente la voluntad de una sola persona; el segundo, en cuanto contrato, tiene su origen en la voluntad de dos personas, pero por ser unilateral, solo crea obligaciones para una de las partes (C. C. col., art. 1496[11]).

[7] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.,* pág. 5.

[8] BARRERA TAPIAS, *op. cit.,* pág. 100.

[9] C. C., art. 1518: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

[10] RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones,* vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 46.

[11] C. C., art. 1496: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

Ahora bien, como ya se indicó, el artículo 1494 del Código Civil colombiano, al referirse a las fuentes de las obligaciones, dispone que una de ellas es el hecho voluntario de la persona que se obliga, y presenta como ejemplo un acto unilateral: la aceptación de una herencia o legado. Es decir, según el Código Civil colombiano, el acto jurídico unilateral crea obligaciones para el autor del acto y, por supuesto, un derecho correlativo para un tercero.

En consecuencia, es importante partir de un punto básico: según la legislación colombiana, el acto unilateral no puede ser fuente de derecho para su autor; cuando más, puede ser causa de su propia obligación.

Teniendo en cuenta lo anterior, llama la atención el ejemplo de acto unilateral que provee el Código Civil colombiano. En efecto, en virtud de la aceptación de una herencia o legado, el aceptante adquiere, en principio, fundamentalmente, derechos (a la herencia o al legado) y no obligaciones. En suma, el ejemplo de la ley es incorrecto, pues para ilustrar algo presenta como ejemplo un hecho que no necesariamente se presenta. Se podría argumentar, en defensa del legislador, que por virtud de la aceptación de una herencia o legado también se pueden contraer obligaciones (pues al heredero también le son transmitidas las obligaciones de su causante y el legado puede estar aparejado con obligaciones), pero contra esa defensa se opone un hecho evidente: la fuente de la obligación (si ella se derivara de un acto unilateral) no sería la aceptación de la herencia o del legado, sino la ley o el testamento.

A) *Algunos casos de expresión unilateral de voluntad como fuente de obligaciones*

A continuación se presentarán algunos actos que tradicionalmente se han considerado ejemplos de actos jurídicos unilaterales creadores de obligaciones con el propósito de determinar si, en efecto, lo son. Como se verá, en varios casos debe concluirse que esos actos unilaterales no son los verdaderos creadores de las obligaciones.

a) *Oferta.* El consentimiento constituye el elemento esencial del contrato. Sin embargo, el consentimiento no aparece espontáneamente en la vida cotidiana, pues antes de la conjunción de las voluntades creadoras de un negocio jurídico, ocurren tratos y conversaciones preliminares. Esta etapa, que algunos autores llaman precontractual[12], "comienza con la exteriorización de un *acto volitivo* del oferente

[12] Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones,* Bogotá, Ibáñez, 2012, pág. 138.

seguido de otro *acto volitivo* del destinatario del primero, mediante el que manifiesta, expresa o tácitamente, que le interesa en principio su contenido económico"[13] . Sin embargo, como se puede advertir, al consentimiento no se llega en virtud de una sola propuesta de parte del oferente y su posterior aceptación de parte del destinatario. En el curso de las relaciones económicas cotidianas, las personas negocian y se hacen múltiples propuestas con la finalidad de perfeccionar los términos del futuro contrato. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "[...] Es verdad inconcusa que los contratos surgen a la vida del derecho en virtud de un acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones. Mas, como se deduce de la propia naturaleza de las cosas, ese acuerdo de voluntades no acaece de un momento para otro; es la culminación de un itinerario que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración"[14].

Pues bien, la etapa precontractual finaliza con la oferta en firme. El Código Civil colombiano no contiene normas sobre la oferta, que sí aparecen en el Código de Comercio colombiano. Tal vez ello se deba a que no se solía reconocer la normativa[15] de los actos unipersonales y, por tanto, el Código Civil colombiano solamente regula el contrato desde que este se forma, pero no la manera en que se configura ni los avatares que pueden presentarse en la etapa de su negociación.

El reconocimiento de la normativa de los actos jurídicos llegaría con los códigos modernos, en particular en todo su vigor con el Código Civil italiano de 1942. Al respecto, FRANCESCO MESSINEO señala: "En la práctica eran ya conocidas, y hoy están reguladas, las llamadas ofertas «en firme», las que, acompañadas de un término dentro del

[13] JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado,* 2ª ed., vol. II, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Bogotá, Legis.

[14] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1998, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

[15] El principio de la normativa, también de origen romano, se funda en el principio *pacta sunt servanda*, o "los contratos son ley para las partes". La traducción literal supondría que tras el acuerdo de voluntades las partes se encuentran obligadas, pero por definición, excluye los actos que se configuran con la manifestación de la voluntad de una de las partes. El derecho francés siguió con esta herencia romana y solo en el derecho moderno se les reconoció la plena normativa a los actos jurídicos unilaterales.

cual el destinatario tiene la facultad de aceptar, contienen una implícita renuncia al derecho de revocación y son vinculantes para el oferente por toda la duración de aquel término"[16].

Por su parte, el Código de Comercio colombiano, con notable influencia italiana, regula el régimen de la oferta en el libro cuarto, título I, capítulo III.

El artículo 845 del Código de Comercio colombiano[17] llama a la oferta también proyecto de negocio jurídico y dispone que debe comprender los elementos esenciales del negocio que se ha de celebrar. Así, por ejemplo, si alguien ofrece vender su automóvil, no basta simplemente con el enunciado, sino que debe comprender el elemento esencial del precio, además, por supuesto, del bien objeto de la venta. Para que la "la manifestación de la voluntad unilateral por la cual una persona hace conocer su intención de contratar"[18] produzca efectos, debe ser comunicada al destinatario. A este respecto el mismo artículo adopta el criterio de la expedición o uso del medio. "Tanto la oferta como la aceptación se entienden conocidas por los respectivos destinatarios, cuando cada uno utiliza el medio de comunicación elegido para ponerlas en conocimiento del otro"[19]. A manera de síntesis, Jaime Arrubla concluye que "se pueden distinguir tres requisitos para que se presente una oferta: a) que exista una declaración de voluntad; b) que esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico; c) que sea completa"[20].

Ahora bien, la declaración de la voluntad puede ser verbal o escrita[21]. Es verbal cuando el oferente realiza el acto estando presente el

[16] Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial,* vol. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, núm. 134, págs. 457-458.

[17] C. de Co., art. 845: "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".

[18] Jacques Ghestin, *Traité de droit civil,* vol. II, Paris, Garnier Fréres, 1988, pág. 219.

[19] Barrera Tapias, *op. cit.,* pág. 52.

[20] Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, Bogotá, Legis, 2012, pág. 93.

[21] C. de Co., art. 850: "La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes". C. de Co., art. 851: "Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia".

destinatario o mediante el uso de un medio telefónico y es escrita cuando se utiliza cualquier medio escrito (correo electrónico, carta, nota, fax u otro similar). Esta diferencia es de capital importancia en cuanto tiene que ver con la irrevocabilidad. El oferente se obliga respecto del destinatario a mantener la propuesta hasta que termine el período de vigencia o el destinatario la rechace. Ahora bien, el término de vigencia de la oferta no es ilimitado y varía según se trate de una oferta verbal o escrita. En el primer caso, como el destinatario se entera en el mismo momento en el que se hace la oferta (en el acto de oírla), la oferta se entiende vigente en el período intermedio entre el momento en que el oferente la hace y el destinatario la rechaza o la acepta. En el segundo, el término es de seis días. Convencionalmente[22], las partes pueden modificar estos términos. Sin embargo, se entiende que cuando el destinatario sujeta su aceptación a una condición suspensiva ("le acepto su oferta si el crecimiento de la economía es del 6%"), el cumplimiento de la condición constituye una nueva oferta[23].

A su vez, la oferta puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el oferente, por medios directos, le hace conocer su propuesta al destinatario; es tácita cuando la oferta es "expuesta con actos concluyentes que no den lugar a la opinión contraria, como sucede con las ofertas expuestas al público en general"[24]. Así, "las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos en las cuales indiquen el precio y las mercancías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público"[25]. Esta última, sin embargo, tiene una excepción en cuanto a su vigencia, pues en el evento de que las mercancías se agoten, se considerará que la oferta termina por justa causa[26].

La oferta debe, así mismo, tener como objeto la futura realización de un acto jurídico. Aunque es una manifestación de la voluntad completamente autónoma de cualquier otro acto jurídico, su elemento constitutivo es la creación de otro acto jurídico. Además, por su eminente

[22] C. de Co., art. 853: "Las partes podrán fijar plazos distintos a [*sic*] la aceptación o rechazo de la propuesta o esta contenerlos".

[23] Es la llamada aceptación extemporánea. C. de Co., art. 855: "La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta".

[24] ARRUBLA PAUCAR, *op. cit.,* pág. 93.

[25] C. de Co., art. 848.

[26] C. de Co., art. 849: "Cuando en el momento de la aceptación se hayan agotado las mercaderías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por justa causa".

contenido obligatorio, no puede ser "sin compromiso". En efecto, la misma oferta es constitutiva de obligaciones. Puede, como cualquier acto jurídico, estar sujeta a modalidades, menos las llamadas "puramente potestativas". En efecto, de acuerdo con el régimen general de las obligaciones, un deudor no puede obligarse si "él quiere"; la misma disposición es aplicable a la oferta. Sería contrario al orden público que un oferente dijese: "Le vendo cien toneladas de trigo si yo quiero"[27].

Finalmente, en lo que respecta a la completitud de la oferta, esta debe comprender todos los elementos esenciales del contrato y, como tal, con el mero acto de la aceptación, este se debe perfeccionar. Esta regla, sin embargo, no es aplicable a los contratos solemnes ni reales; solo a los consensuales. Para su perfeccionamiento, los contratos reales requieren, además del consentimiento, la entrega material de la cosa (caso del mutuo). Los solemnes, además del consentimiento, necesitan la observación de una forma dispuesta por la ley.

Una vez hecha la oferta, no es relevante si el oferente muere o es declarado incapaz. Al respecto afirma Jaime Arrubla: "Nuestro códi go sigue la orientación alemana, según la cual es irrelevante la muerte o incapacidad[28] del oferente antes de que aquella sea aceptada, aportándose del derecho común, según el cual esos mismos hechos extinguirían la oferta. Se consagra una excepción[29] en el sentido de admitirse disposición contraria en la misma oferta o que por la naturaleza de ella sea imposible mantenerla como en aquellos contratos que se celebrarían en consideración a la persona oferente. Si el oferente fallece o queda incapacitado, sus herederos o curadores deben mantenerla"[30].

Ahora bien, la oferta es un acto jurídico unilateral creador de obligaciones porque quien la hace contrae, en virtud de ella, la obligación de mantener la propuesta o de no retirarla. Por supuesto, el acreedor de esta obligación es el destinatario de la propuesta. Este destinatario puede ser un sujeto determinado o indeterminado. Determinado, en el caso de que el sujeto esté plenamente identificado de antemano. En cuanto a los sujetos indeterminados, surgen dificultades porque pueden concurrir simultáneas aceptaciones. Supóngase una persona que

[27] Al respecto, C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 19 mayo 1969, M. P. Flavio Cabrera Dussán.

[28] Así lo dispone el Código de Comercio colombiano en el artículo 846, inc. 2º.

[29] C. de Co., art. 846 "[...] salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria".

[30] Arrubla Paucar, *op. cit.,* pág. 97.

publica un anuncio en el periódico para vender su carro. De acuerdo con el criterio del uso del medio, consagrado en el Código de Comercio colombiano, la oferta surte todos sus efectos obligatorios por la publicación del contenido en el medio de prensa. Así mismo, es irrevocable por el término legal de seis días. Pero ¿qué ocurre cuando hay simultáneas aceptaciones de parte de los destinatarios? Es claro que con la aceptación de todos y cada uno de los destinatarios no puede nacer el contrato. El Código de Comercio colombiano, acertadamente, adoptó la medida[31] en virtud de la cual tiene derecho a la prestación ofrecida quien primero le haga saber al oferente su aceptación.

Por último, si el oferente revoca la oferta, incumplirá la obligación que él mismo creó, incurriendo en responsabilidad si su acto le causa perjuicio a su destinatario. Ahora bien, ¿se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual o de una responsabilidad precontractual? En realidad, es un buen ejemplo de responsabilidad precontractual, pues el contrato no se celebra por la falta de seriedad en las negociaciones de quien, debiendo mantener la oferta por un lapso, la revocó prematuramente.

Por último, es cuestionable la opinión de TAMAYO LOMBANA, que afirma: "Lo cierto es que el oferente no puede revocar su oferta. Esta es irrevocable por mandato del artículo 846 citado. Es también cierto que el legislador incurrió en la notoria equivocación de decir, a renglón seguido, que si el oferente revoca tal oferta, deberá indemnizar perjuicios. Creemos que es precisamente esa incongruencia la que debe despejar la jurisprudencia. Si el oferente dijo revocar su oferta (que es irrevocable por mandato legal), en tanto que el destinatario sí quiere contratar y acepta en las condiciones debidas, el resultado es obvio: simplemente se perfecciona el contrato"[32].

El hecho de que la oferta sea irrevocable no significa que, en la práctica, no pueda ser revocada con la consiguiente responsabilidad de

[31] C. de Co., art. 858: "Si las condiciones de la oferta se cumplen separadamente por varias personas, solo tendrá derecho a la prestación ofrecida aquella de quien el oferente primero reciba aviso de su cumplimiento.

"En caso de igualdad en el tiempo, el oferente decidirá en favor de quien haya cumplido mejor las condiciones de la oferta, pudiendo partir la prestación, si esta es divisible. Si las condiciones son cumplidas por varias personas en colaboración, la prestación se dividirá entre ellas, si su objeto es divisible; en caso contrario, se seguirán las reglas del Código Civil sobre las obligaciones indivisibles".

[32] TAMAYO LOMBANA, "Teoría del acto jurídico y otras fuentes", en *Manual de obligaciones, op. cit.,* pág. 49.

quien la revoca. De la misma forma, el hecho de que los contratos se celebren para ser cumplidos o que las obligaciones deban ser pagadas no significa que, en la práctica, aquellos no puedan ser incumplidos y estas no pueden dejar de ser solucionadas, en ambos casos con la consiguiente responsabilidad de quien incumplió o no pagó.

Si la ley indicara que la oferta es revocable, la consecuencia sería que, al ser revocada, no habría responsabilidad. Es necesario que la ley indique que la oferta es irrevocable para que su revocación genere responsabilidad.

Sería contrario a la autonomía de la voluntad que se forzara a una persona a celebrar un contrato cuando, en el mismo momento de celebrarlo, no tiene la voluntad de hacerlo. Además, sería supremamente oneroso para el oferente adoptar la visión de Tamayo Lombana. Por esto, el legislador, sabiamente, adoptó la posición de la indemnización de perjuicios y no la inexorabilidad de la formación del contrato.

b) *Ratificación.* Se podría pensar que la ratificación del acto jurídicamente ineficaz la ratificación de contratos celebrados por un tercero sin poder suficiente entran en la categoría de los actos jurídicos unilaterales creadores de obligaciones. A continuación se mostrará por qué la ratificación no puede ser consignada dentro de tales actos.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es 'aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos'. En esta acepción general, ratificar es darles plena certeza a escritos, actos o palabras mediante su "confirmación", esto es, una expresión de voluntad. El contenido y efectos de la ratificación varía dependiendo de qué circunstancia fáctica se trate. Con fundamento en lo anterior, la ratificación puede ser de dos tipos: la de actos jurídicamente ineficaces, por un parte, y, por otra, la de contratos celebrados por un tercero sin poder suficiente. Se analizará cada uno de estos supuestos.

Los actos jurídicos, producto de la manifestación de una o más voluntades, tienen como finalidad producir efectos jurídicos con arreglo a la voluntad de los agentes; por lo menos esto es lo usual. Sin embargo, no siempre ocurre así. Por razones de orden público o por limitaciones a la autonomía de la voluntad privada, los actos jurídicos pueden ser ineficaces, en cuyo caso serán inexistentes[33] o contener un vicio que

[33] C. de Co., art. 897: "Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

los puede tornar ineficaces con la declaración judicial previa[34]. En el segundo caso el acto será nulo, absoluta o relativamente, en razón de sus causales y de su declaración.

La acción de nulidad, consagrada en el Código Civil colombiano[35], tiene como finalidad rescindir el acto jurídico que nace eficaz pero que adolece de un vicio. En el caso de la nulidad absoluta (por ser esta en razón del orden público), todos los interesados están legalmente habilitados para demandarla. En el caso de la relativa, solo la persona "en favor de quien la ley la consagre" está facultada para demandarla[36].

La ratificación, en este escenario, tiene como finalidad sanear[37] los vicios del negocio jurídico. No se trata en absoluto de la celebración de un nuevo acto jurídico con igual contenido, sino más bien, de una reiteración de la voluntad que apunta a revestir de plena eficacia al acto jurídico anterior.

Para la mayoría de la doctrina francesa[38], la ratificación equivale a "la renuncia a la acción de nulidad"[39]. Esta renuncia debe distinguirse según se trate de nulidad absoluta o relativa.

[34] La ineficacia de los actos jurídicos no es el tema principal de estudio y solo se hace alusión a él en aras de tener un mejor contexto. Al respecto, puede remitirse a: RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970; JEAN CARBONNIER, "Les obligations", en *Droit civil*, vol. IV, Paris, Presses Universitaires de France, 1994; AMBROISE COLIN y HENRI CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil,* vol. VII, Madrid, Reus, 1942; FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial,* vol. VI, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

[35] C. C., art. 1741: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". *Ibid.,* art. 1743: "La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo [*sic*] o por ratificación de las partes".

[36] BARRERA TAPIAS, *op. cit.,* pág. 220.

[37] El término está en concordancia con la acepción lingüística general que, según el diccionario académico de la Real Academia de la Lengua, es 'Reparar o remediar algo'. Así, sanear equivaldría a remediar, a purgar un defecto en el acto jurídico.

[38] Entre ellos MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT y FRANÇOIS TERRÉ.

[39] Esto guarda especial concordancia con lo dispuesto en el Código Civil francés, artículo 1338: "El acta de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual

En el primer supuesto, "la ratificación deberá emanar de la voluntad de las dos partes, por ser ambas titulares de la acción de nulidad. Si la nulidad es relativa, existe en relación con una sola de las partes, aquella en cuyo favor la ha establecido la ley. Por tanto, la ratificación se presenta como un acto unilateral"[40].

Sin embargo, si la ratificación tiene como finalidad revestir de eficacia al acto jurídico ineficaz, esta no podría alcanzarse solo con la renuncia a la acción de nulidad por las partes. Nuestro ordenamiento civil es claro al indicar que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, situación que desvirtuaría la tesis principal de Planiol en este asunto. Por ello, la ratificación no debe versar sobre la acción sino sobre la parte sustancial del acto jurídico ineficaz. En ese caso se estará siempre frente a un acto jurídico bilateral.

Para mayor claridad ilustraremos lo anterior con un ejemplo. Ticio y Gayo celebran un contrato en cuya virtud aquel se obliga a vender un bien inmueble y este, por consiguiente, a pagar su precio. Sin embargo, el precio pagado es menor que la mitad del justo precio del bien y, por ende, la compraventa es nula relativamente por lesión enorme. En este caso, es Ticio quien tiene el derecho de pedir la nulidad del acto jurídico y, por tanto, es también él quien está habilitado para ratificarlo. A primera vista podría decirse que la ratificación de parte de Ticio constituye un acto jurídico unilateral porque la exteriorización de la voluntad solo emana de él. Esto es cierto, pero no en el sentido que se ha venido indicando. La ratificación sí es un acto que emana de una de las partes, pero no produce obligaciones. Las obligaciones no se derivan de la ratificación, sino del contrato de compraventa. En efecto, cuando Ticio ratifica el acto jurídico, permite que se encuentren, con los requisitos necesarios para la correcta formación del acto, las dos voluntades necesarias para la celebración del contrato de compraventa.

---

la ley admita la acción de nulidad o de rescisión solo será válida cuando se encuentre en ella el contenido sustancial de esta obligación, la mención del motivo de la acción de rescisión y la intención de reparar el vicio en el cual se funde esta acción. A falta de acta de confirmación o ratificación, será suficiente que la obligación sea cumplida voluntariamente desde el momento en que la obligación pueda ser válidamente confirmada o ratificada. La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria en las formas y en el momento determinados por la ley comportará la renuncia a los motivos y excepciones que se puedan oponer contra esta acta, sin perjuicio no obstante de los derechos de los terceros".

[40] Tamayo Lombana, *op. cit.,* pág. 243. Este acápite no es una transcripción del argumento de Tamayo, sino más bien de Planiol.

Ello ocurre también en cualquier otro supuesto. Por tanto, sería impropio decir que la ratificación, aun cuando proviene de solo una de las partes, es un acto jurídico unilateral que crea obligaciones. La fuente de las obligaciones no puede ser otro que el acto jurídico que se sanea. Tanto así que la ratificación tiene efectos *ex tunc*. "El saneamiento del acto tiene efectos retroactivos y convalida el vicio como si nunca hubiera ocurrido"[41]. Así, en el ejemplo anterior, como consecuencia de la ratificación, la compraventa se entiende válida desde el mismo momento de su celebración.

Finalmente, en lo que respecta a cuáles actos pueden ser susceptibles de ratificación, debe tenerse en cuenta que algunos actos jurídicos son ineficaces en razón de normas de orden público y, como tal, la voluntad privada no puede contrariarlas. Ello ocurre en el caso de la nulidad absoluta por causa y objeto ilícitos[42]. En estos casos está involucrado el interés general y, por ende, el ordenamiento ha proscrito y limitado la voluntad privada impidiendo que el acto pueda ser ratificado.

Así mismo, los actos jurídicos inexistentes[43] no son ratificables en razón de un principio lógico muy sencillo: si el acto jurídico no existe, la voluntad de las partes en la ratificación carece de objeto. La ratificación de un acto inexistente sería, en este sentido, la celebración de un nuevo contrato.

Respecto de los actos celebrados por un tercero sin poder suficiente, la ratificación no es una forma de sanear ni de revestir con plena eficacia un acto, sino más bien una ratificación en su acepción lingüística más

[41] ALONSO PAREDES HERNÁNDEZ, "Ineficacia del acto jurídico", en *Derecho de las obligaciones,* vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 2009, pág. 582.

[42] C. C., art. 1742: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

[43] El Código de Comercio colombiano supuso que en los actos jurídicos inexistentes la ratificación era viable: (art. 898) "La ratificación expresa de las partes dando [*sic*] cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".

propia; es decir, una confirmación. Los franceses llaman "confirmación" a este tipo de ratificación. Esta acepción parece mejor. Josserand la define como "la aprobación dada por una persona a un acto en el que no había participado, que había sido realizado por un tercero. La aprobación así dada no tiende en modo alguno a hacer desaparecer el vicio de que el acto estaba afectado; se resuelve en un acto de apropiación"[44].

Ello ocurre en el caso, por ejemplo, de que el mandatario exceda las facultades otorgadas por el mandante para contratar[45]. A manera de ejemplo, imagínese un negocio en cuya virtud Ticio celebra un contrato de mandato con Gayo para que este le compre un buey. Gayo, desconociendo el límite de los poderes otorgados, le compra a Sempronio un caballo en vez de un buey. En virtud de que excedió los poderes otorgados por Ticio, Gayo se obligará respecto de Sempronio, mas no se producirán los efectos de la representación[46]; esto es, el negocio no surtirá efectos entre Sempronio y Ticio.

Parece impropio concluir que la ratificación o confirmación que haga, en este caso Ticio, que es un acto de carácter unilateral, cree obligaciones por la misma lógica indicada anteriormente. En estricto sentido, la manifestación de la voluntad de Ticio, acto unilateral, no produce obligaciones por ministerio de este acto, sino en virtud de la compraventa celebrada entre Sempronio y Gayo. Ticio se convierte en deudor de pagar el precio no en virtud de la ratificación, sino de la compraventa. En este sentido, la ratificación tiene como finalidad la de encontrar las voluntades que se conjugan en un acto jurídico bilateral. La conclusión, forzosamente, es que la ratificación no crea obligaciones; permite que el acto bilateral sí lo haga.

[44] Louis Josserand, *Derecho civil,* vol. ii, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, pág. 240.

[45] C. de Co., art. 833: "Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este. La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar".

[46] C. C., art. 1505: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo".

C. de Co., art. 832: "Habrá representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos". *Ibid.,* art. 833: "Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este".

Para que el acto jurídico unilateral sea creador de obligaciones se requiere que de ese acto surjan obligaciones para quien lo realiza y no que esas obligaciones tengan su origen en otro acto. Cuando el mandante (en nuestro ejemplo) ratifica el acto celebrado por un tercero y se apropia de él, las obligaciones surgen en razón de un contrato anterior y no en virtud de la manifestación de la voluntad. Así mismo, sería incorrecto afirmar que con la ratificación surgen además obligaciones para el tercero. Ello equivaldría a decir que un tercero puede obligar a otro sin su consentimiento. La ratificación, siguiendo nuestro ejemplo, no le crea a Sempronio la obligación de entregar el caballo; la obligación surge, forzosamente, de la compraventa anterior que Sempronio celebró prestando su consentimiento.

c) *Promesa de recompensa.* El diccionario académico (de la Real Academia Española) define la promesa como 'expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo'[47]. El concepto, en sí mismo, supone una unidad de significado si se tiene en cuenta que el verbo *prometer* proviene, etimológicamente, del vocablo latino *promittere,* que significa 'enviar o realizar algo (*mittere*) antes de'. Por ello, "prometer" es la intención del individuo de realizar en el futuro un acto y, por consiguiente, supone la exteriorización de su voluntad. En consecuencia, una promesa consiste en la manifestación de la voluntad de alguien que versa sobre la realización de un acto futuro por él o un tercero.

Respecto de la promesa como fuente de obligaciones, ha habido discusiones y respuestas disímiles de la doctrina y la ley. De la misma manera, su evolución histórica ha presentado más discontinuidades y rupturas que una evolución lineal. Aun hoy, ordenamientos jurídicos[48] no le dan el reconocimiento pleno como fuente de obligaciones y mantienen cierto recelo hacia la institución. Cuando se trata de la promesa unilateral, los ordenamientos han sido tímidos en cuanto a su plena consagración.

En Roma, "la promesa unilateral vincula al promitente en los casos de la *pollicitatio*[49] y del *votum.* La validez jurídica de la simple promesa

[47] Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la lengua española,* Madrid, Espasa-Calpe, 2004.

[48] El italiano y los latinoamericanos, con excepción del de México, restringen la promesa como fuente de obligaciones, pues imponen una serie de requisitos, de carácter solemne o sustantivo, que limitan la autonomía de la voluntad privada en la "promesa".

[49] "*Pollicitatio* es la promesa hecha por un particular a la ciudad, con ocasión de haber recibido un cargo o de presentarse como candidato al mismo, y cuyo contenido

unilateral se admite excepcionalmente, al abrigo de razones de interés público o de circunstancias especiales [...]. La promesa unilateral solo es valorada socialmente". Sobre la promesa unilateral, el Digesto solo consagra la *pollicitatio* y el *votum* como instituciones protegidas por el derecho clásico, pero existen pruebas epigráficas que demuestran que la promesa de recompensa era una realidad en la época justinianea[50].

Luego, se mantendrá el recelo no solo a la promesa unilateral como fuente de obligaciones, sino a todos los actos jurídicos unilaterales, pues como afirmaban Planiol y Ripert, "se dice que la voluntad individual es soberana sobre aquel que la emite y que, por consiguiente, el compromiso adquirido por una persona, bajo la forma de una declaración de voluntad de su parte, debe poseer la eficacia jurídica de la obligación. Pero inmediatamente tenemos que reconocer que mientras esta voluntad unilateral no haya encontrado una segunda que venga a unirse a ella, el vínculo obligatorio no se puede formar. Confesamos que esta exigencia jamás podrá ser suprimida, porque la voluntad individual, soberana sobre sí misma no tiene efectos respecto de terceros, y porque nadie se convierte en acreedor sin su voluntad"[51].

Sin embargo, el principio de relatividad de los actos jurídicos[52] fue atenuado, pues "nada se opone a que el agente, gravándose a sí mismo con una limitación o sacrificio de sus facultades normales, mejore la condición de otras personas, otorgándoles derechos que antes no tenían, y sin perjuicio de que estas personas queden en libertad de aceptarlos o de rechazarlos posteriormente según sus deseos o conveniencia"[53].

---

versa sobre la realización de un *opus* de pública utilidad o sobre la entrega de una suma de dinero. El *votum* es una promesa hecha a la divinidad, y su obligatoriedad se hace efectiva, por lo que parece, en términos semejos a los de la *pollicitatio*". Juan Iglesias, *Derecho romano historia e instituciones,* Barcelona, Ariel, 1993, pág. 406.

[50] En una inscripción mural de Pompeya se lee: "Urna aenia pereit de taberna. Sei quis rettulerit, dabuntur HS XV; sei furem dabit, unde rem servare possim, HS XX" (Desapareció de la tienda un caldero de cobre. Si alguien lo devolviese, se le darán XV sestercios; si entregase al ladrón donde la cosa pueda conservarse, XX sestercios)". Iglesias, *op. cit.,* pág. 407.

[51] Marcel Planiol, Georges Ripert y Paul Esmein, *Traité théorique et practique de droit civil francais,* vol. VI, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1926, núm. 48.

[52] Apoyado en el principio romano *res inter allios acta,* que traduce, "Solo aquellos que manifiestan su voluntad en un acto jurídico se aprovechan o perjudican de él, los terceros no".

[53] Ospina Fernández y Ospina Acosta, *op. cit*., pág. 312.

Sobre esta tesis girarán, entonces, los ordenamientos jurídicos modernos, empezando por el alemán de 1881 y el italiano de 1942.

El ordenamiento civil colombiano no le dedica un capítulo específico a la promesa unilateral como fuente de obligaciones a la manera del Código Civil italiano de 1942[54]. En el Código Civil colombiano se mantuvo la tesis francesa frente a los actos jurídicos unilaterales, y por ello se encuentran más bien tímidas alusiones a este tipo de actos jurídicos. Aún más, y para mayor confusión normativa, el Código Civil colombiano se refiere, en el artículo 1611[55], a la promesa de celebrar un contrato, equiparando la especie (contrato de promesa) con el género (la promesa).

En el Código de Comercio colombiano, por el contrario, el legislador, acertadamente, llamó a la promesa de recompensa "oferta pública de prestación o premio" (art. 856). El Código de Comercio colombiano, al llamar de manera diferente a la tradicional promesa de recompensa, la asemeja a su figura hermana, la oferta, y, por esa vía, la despoja de vacíos normativos.

Tradicionalmente se tiende a confundir el ámbito de aplicación de promesa, pues esta puede adoptar diversas formas: las promesas precontractuales, la oferta como suerte de promesa, la promesa como contrato en sí mismo que tiene el objetivo de celebrar un acto jurídico futuro y la promesa de recompensa, entre otros. De esta manera, la promesa puede consistir en una convención precontractual, en un contrato como tal (promesa de compraventa, por ejemplo) o de un acto jurídico unilateral. Para mayor claridad, haremos referencia, en adelante, a "oferta pública de prestación o premio" que adopta el Código de Comercio colombiano.

[54] Arts. 1987 y ss.

[55] C. C., art. 1611 (subrogado por el art. 89 de la ley 153 de 1887): "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

"1ª) Que la promesa conste por escrito.

"2ª) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 y 1502 del Código Civil.

"3ª) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

"4ª) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

La oferta pública de prestación o premio se comporta de manera muy similar a la oferta. Por una parte, el oferente se obliga a llevar a cabo una prestación, comúnmente pagar una suma de dinero, a quien lleve a cabo un servicio, en muchas ocasiones encontrar una cosa o dar noticias de una persona extraviada. En el Código Civil mexicano, tanto como en el italiano, existe una regulación expresa de la materia. En el ordenamiento mercantil colombiano solo aparece una alusión: la del artículo 856[56].

El artículo 1861 del Código Civil Federal mexicano dispone: "El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido"[57]. Por su parte, afirma el artículo 1989 del Código Civil italiano, que la llama, como el Código de Comercio colombiano, "oferta al público": "Aquel que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación o lleve a cabo una determinada acción, queda vinculado por la promesa tan pronto como esta se hace pública". Y continúa en el inciso 2º: "Si no se pone un término a la promesa, o este no resulta de la naturaleza o de la finalidad de la misma, el vínculo del promitente cesa cuando dentro del año a contar de la promesa no se haya comunicado la verificación de la situación o el cumplimiento de la acción prevista en la promesa".

Las normas citadas aportan una idea completa de la naturaleza de la institución. La recompensa es un acto jurídico unilateral en cuya virtud el promitente se obliga a llevar a cabo una prestación en el evento de que se cumpla determinada condición.

A partir de ello es posible hacer las siguientes distinciones: primero, el promitente resulta obligado a mantener la promesa por el solo hecho de dirigirles la promesa a personas determinadas o indeterminadas y, segundo, la prestación prometida está sujeta a una condición suspensiva, puesto que solo nace la obligación cuando se cumpla el hecho futuro e incierto establecido.

Es importante esta precisión. En realidad, la recompensa solamente crea una obligación consistente en no retirar la oferta prematuramente.

[56] La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas. Si no señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará trascurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de esta se deduzca un término distinto.

[57] Siguen varios artículos en los que se establecen la naturaleza de la prestación, los requisitos para la policitación y otros.

La obligación de cumplir con lo prometido no surge de la recompensa o de la oferta pública de prestación o premio. Ella surge de la aceptación de la oferta que, en este caso concreto, puede consistir en una aceptación expresa, que daría lugar a un "contrato de promesa", o de la aceptación mediante su cumplimiento. Es decir, la fuente de la obligación de cumplir con la promesa no es el acto jurídico unilateral promesa de recompensa, sino el acto jurídico bilateral que se forma por la aceptación de esa oferta.

Ahora bien, la oferta pública de prestación o premio es una especie del género "oferta" por las siguientes razones. En ambas figuras el oferente se obliga a mantener la oferta mientras el destinatario la acepte o rechace y, en su defecto, durante un término legal en el que la oferta es irrevocable.

Así mismo, la obligación a cargo del oferente, consistente en mantener la oferta, nace en el momento en que se comunica al destinatario.

Una tercera característica común es que, en ambas figuras, con la aceptación del destinatario, expresa o tácita, se forma el consentimiento y, en el caso de los contratos consensuales, ocurre su perfeccionamiento.

Sin embargo, aun cuando estas tres características son propias de la estructura tanto de la oferta pública como de la oferta genérica, la primera tiene unas reglas especiales en razón de su finalidad.

La oferta pública de prestación o premio tiene un término diferente del de la oferta genérica en razón de su finalidad.

En la oferta pública de prestación o premio, el oferente puede establecer un plazo resolutorio durante el cual debe mantener el contenido de su oferta o, en su defecto, el mismo artículo 856 del Código de Comercio colombiano prevé que será de un mes "[...] salvo que de la naturaleza de esta se deduzca un término distinto".

En la oferta genérica, el término es de seis días, salvo que las partes lo modifiquen.

Así mismo, la oferta pública de prestación o premio puede ser revocada por justa causa pero usando los mismos medios[58] con las que fue hecha pública. Sin embargo, ni aun con justa causa podrá revocarse respecto de aquellos destinatarios que ya hayan cumplido la condición.

Respecto de la forma de comunicarla, también hay una diferencia práctica.

[58] C. de Co., art. 857: "La oferta pública solo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa".

En la oferta pública de recompensa o premio, como en la oferta genérica, la comunicación al destinatario puede ser hecha de manera verbal o escrita. La diferencia estriba en que, dado el carácter eminentemente público de la oferta de prestación o premio, la policitación[59] se hace, la mayoría de las veces, por medios escritos (entregas de volantes, publicidad, vallas, entre otros medios) pero nada impediría, por ejemplo, que se usara un megáfono o altoparlante para hacerla pública.

Por su parte, la aceptación del destinatario de la oferta pública de recompensa puede hacerse de dos maneras, aunque la primera no sea muy usual: el destinatario acepta la oferta antes del cumplimiento de la condición o acepta la oferta cumpliendo la condición.

Lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo. El señor X pierde un semoviente y ofrece públicamente, mediante la exposición de vallas, la suma de ochocientos mil pesos a quien le entregue el animal. Pueden ocurrir dos cosas: que una persona (Y) le comunique al oferente su aceptación antes de encontrar al semoviente, en cuyo caso se formaría un contrato en cuya virtud X se obliga a pagarle dicha suma si y solo si encuentra el animal. En ese caso, Y contraería la obligación consistente en buscar al animal (no en encontrarlo), pues X no podría exigirle que encontrara el semoviente, solamente que lo buscara diligentemente.

En el segundo caso, el más común, el destinatario de la oferta pública de prestación la acepta mediante el cumplimiento de la condición; esto es, en el ejemplo, encontrando el semoviente. Así se formaría el consentimiento y, por ende, el contrato en cuya virtud X tendrá que pagarle ochocientos mil pesos a Y.

En la práctica, esta figura es más utilizada de lo que se cree. El secuestro y la criminalidad que han afectado a Colombia han hecho que las autoridades emitan ofertas públicas de recompensa para dar con personas privadas de la libertad o con los criminales que cometen estos delitos. En artículo 6º de la ley 793 de 2002, modificado por el artículo 75 de la ley 1453 de 2011[60], por ejemplo, permiten ofrecer recompensas

[59] Promesa que no ha sido aceptada todavía.

[60] Ley 793 de 2002, art. 6º: "El particular que denuncie de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencia para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, recibirá una retribución de hasta el 5% del producto que el Estado obtenga por la liquidación y venta de tales bienes, o del valor comercial de los mismos cuando el Estado los retuviere para cualquiera de sus órganos o dependencias. Esta tasación la hará el juez en la sentencia, de oficio, o a petición del fiscal, teniendo en cuenta la efectividad de tal colaboración.

a quienes ayuden a obtener evidencia contundente para la extinción de dominio (el pago del cinco por ciento del valor que obtenga la autoridad por la realización del bien).

En este caso está presente la estructura de la oferta pública de prestación o premio: un oferente (la entidad pública respectiva), una oferta (contenida en los términos de la ley citada) y un hecho futuro e incierto del cual depende la obligación de la entidad de pagar el cinco por ciento del valor del bien (la provisión de parte de alguien de evidencia contundente que lleve a la extinción de dominio).

Esta figura también es utilizada en los concursos en los cuales se promete a quien gane una suma de dinero y la devolución de objetos perdidos a su dueño.

d) *Testamento.* El principio de la normativa de los actos jurídicos unilaterales ha venido siendo reconocido progresivamente por el derecho moderno, en función de su protagonismo en las relaciones sociales y económicas. La obligatoriedad de la voluntad manifestada por una persona no era congruente con el principio *pacta sunt servanda,* y por ello su consagración fue el resultado de una decantación paulatina. Sin embargo, el testamento parece ser una excepción al devenir histórico.

Desde los romanos, la última voluntad de las personas tenía plenos efectos jurídicos porque era un instrumento concomitante con la importante institución de la sucesión. "El verbo latino *succedere,* sinónimo de *subire,* no significa simplemente seguir, sino seguir o continuar en una situación. *Succesio* no significa otra cosa que reemplazo en la posición jurídica"[61]. El testamento[62], de esta manera, permite que la institución de la sucesión se configure con arreglo a la voluntad del testador.

El Código Civil colombiano, siguiendo la tradición francesa[63], define el testamento[64] en los siguientes términos: "El testamento es un acto

---

"La denuncia por la cual se pretenda una retribución se tramitará en cuaderno separado de la actuación principal y estará sometida a reserva. De igual manera será reservado el acto administrativo a través [*sic*] del cual la Dirección Nacional de Estupefacientes pague la retribución ordenada por el juez".

[61] JUAN IGLESIAS, *Derecho romano, Instituciones de derecho privado,* Barcelona, Ariel, 1984, pág. 528.

[62] *Testamentum ex eo apellatur quod testatio mentis est*. ("La palabra testamento toma su origen de testimonio de la mente"). *Institutas* X.

[63] Código Civil francés, art. 895: "El testamento es un acto uniltaeral hecho en alguna de las formas prescritas por la ley por el cual el testador dispone para cuando ya no exista de todo o parte de sus bienes y que puede revocar".

[64] La definición romana provista por MODESTINO quizás sea un poco más exacta: "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam*

más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva (art. 1055)". El testamento es un acto de "una sola persona", como se dispone en el artículo 1059[65] del Código Civil colombiano y, por tanto, una manifestación jurídica unilateral.

Como se ha indicado, un acto jurídico es unilateral cuando la parte que manifiesta su voluntad se hace deudora de la obligación que surge. Sería impropio, a primera vista, afirmar que con la manifestación de su voluntad, el testador se obliga respecto de sus herederos o legatarios, puesto que cuando el testamento surte sus plenos efectos jurídicos (con la muerte del testador), este ya no puede ser sujeto de relaciones jurídicas.

En virtud del testamento, como acto de "última manifestación de su voluntad", el testador hace actos de disposición, sobre todo o parte de su patrimonio, para que surtan efectos después de su muerte. Por ello, el testador se haría deudor de las obligaciones surgidas por el testamento cuando muere (lo que es imposible) pero no antes, en el momento en que manifiesta su voluntad.

Al respecto afirma Francesco Messineo que "la función práctica del testamento, aquella que el mismo, de ordinario, está destinado a cumplir, es ser el medio jurídico con el cual el *de cuius* es puesto en situación de disponer (en todo o en parte) de los propios bienes (acto de contenido patrimonial) —para el tiempo en que habrá dejado de vivir— destinándolos a uno o más sujetos. Por eso se dice acto «de última voluntad». El testamento (y el modo de sucesión a que él da lugar) se contrapone a la sucesión por voluntad de ley porque permite que los bienes hereditarios pasen a destinatarios elegidos y designados por el testador"[66]. Los ordenamientos jurídicos, tanto el italiano como el colombiano, consagran la "posibilidad de disponer" de los bienes antes de morir pero sin desprenderse de ellos en vida.

Las instituciones mencionadas anteriormente en este estudio parten de la premisa de que los actos jurídicos unilaterales producen plenos

---

fieri velit" ("El testamento es la declaración conforme al derecho que manifiesta nuestra voluntad sobre lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte". (*Digesto*, libro xxviii, título i).

[65] C. C., art. 1059: "El testamento es un acto de una sola persona. Serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona".

[66] Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial,* vol. vi, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 70.

efectos jurídicos después que se manifiesta la voluntad. El testamento no sigue esta regla general.

Ahora bien, el testamento es un acto más o menos solemne, según lo dispone el artículo 1055 del Código Civil colombiano. El formalismo jurídico no ha podido prescindir de la forma solemne cuando del testamento se trata, pues busca proteger, de la manera más rigurosa, la "última voluntad" del causante. El testamento es más o menos solemne porque debe ceñirse a ciertos requisitos legales so pena de inexistencia.

En cuanto a sus requisitos, el Código Civil colombiano, en el artículo 1064[67] clasifica los testamentos según los requisitos que la ley exige para su perfeccionamiento. Así, los testamentos pueden ser solemnes, en cuyo caso deben ser escritos[68], frente a tres testigos y un notario (si se trata de un testamento abierto, porque si es cerrado será frente a notario y cinco testigos y, si es nuncupativo, frente a cinco testigos[69]) y debe tener un contenido mínimo[70]. Es menos solemne en el caso de los testamentos privilegiados[71].

[67] C. C., art. 1064: "El testamento es solemne, y menos solemne. Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere.

"El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley.

El testamento solemne es abierto o cerrado. Testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al notario cuando concurren; y testamento cerrado o secreto, es aquel en que no es necesario que los testigos y el notario tengan conocimiento de ellas".

[68] C. C., art. 1067: "El testamento solemne es siempre escrito".

[69] C. C., art. 1070: "El testamento solemne y abierto debe otorgarse ante el respectivo notario o su suplente y tres testigos. Todo lo que en el presente Código se diga acerca del notario, se entenderá respecto del suplente de este en ejercicio, en su caso". *Ibid.,* art. 1071: "En los lugares en que no hubiere notario o en que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne, nuncupativo, ante cinco testigos que reúnan las cualidades exigidas en este código". *Ibid.,* art. 1079: "El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un notario y cinco testigos".

[70] C. C., art. 1073: "En el testamento se expresará el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento; la nación a que pertenece; si está o no avecindado en el territorio, y si lo está, el lugar en que tuviere su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos o legitimados en cada matrimonio, y de los hijos naturales del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.

"Se ajustarán estas designaciones a lo que respectivamente declaren el testador y testigos. Se expresarán, asimismo, el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y el nombre y apellido del notario, si asistiere alguno".

[71] C. C., art. 1087: "Son testamentos privilegiados: 1) El testamento verbal. 2) El testamento militar. 3) El testamento marítimo".

Lo anterior no supone que el testamento sea un acto jurídico solemne sin más. Los efectos jurídicos del acto están suspendidos y solo llegan a surgir con la muerte del testador. Podría pensarse, a primera vista, que las obligaciones que surgen con el testamento están sujetas a plazo suspensivo porque solo son exigibles una vez configurado el hecho jurídico futuro y cierto: la muerte.

Sin embargo, ello supondría que la obligación ya ha nacido y que, como tal, ya hay una relación jurídica entre un deudor y un acreedor. Sin embargo, son varias las razones que contradicen este análisis. En efecto, el testamento y, por ende, las obligaciones que surgen de él, son revocables hasta el día en que el testador fallece. Así mismo, el testador no es deudor respecto de sus herederos o legatarios porque no hay un acto de disposición. La transmisión se produce únicamente con la muerte. Por ello, no existe una relación obligacional típica; no hay un deudor ni un acreedor.

Por último, no podría siquiera decirse que los sujetos llamados a recibir la propiedad de todos o de parte de los bienes del testador tienen, en el momento en que este manifiesta su voluntad, forma de hacer efectiva su mera expectativa de ser herederos o legatarios.

El testamento constituye una excepción a la regla de que los actos jurídicos unilaterales no son revocables. Al respecto afirman Colin y Capitant: "El testamento es un acto revocable hasta el momento de la muerte. Hasta entonces conserva siempre el testamento la facultad de modificar las disposiciones que ha tomado reemplazándolas por otras, o de revocarlas pura y simplemente, en cuyo caso la herencia será transmitida según las reglas de la sucesión *ab intestato*. En otros términos, un testamento no es más que un proyecto que no se eleva a definitivo hasta el momento de la muerte"[72].

Por su parte, el Código Civil colombiano, en el artículo 1057[73], dispone: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables", y aun cuando el testador afirme que sus disposiciones son

[72] Colin y Capitant, *op. cit.,* vol. vii, pág. 32.

[73] C. C., art. 1057: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento. Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita".

irrevocables[74], ello se tendrá por no escrito. En efecto, el testamento "es un mero proyecto antes de la muerte. El otorgante puede siempre revocarlo a su arbitrio. Como atestación de la última voluntad que se formula por anticipado para no ser sorprendido por la muerte sin dejarla escrita, perdería su naturaleza propia si no pudiera ser mudado en cualquier tiempo"[75].

Además, el testamento es un acto indelegable[76] y, por ello, no puede ser celebrado por un representante, aun cuando esté debidamente facultado por el testador. Por tanto, el testamento es un acto *personalísimo*. Al respecto, escribe FRANCESCO MESSINEO: "El testamento es un acto personalísimo; esto es, debe ser obra exclusiva del testador, a fin de que sea reflejo fiel de su voluntad (de ahí la prohibición de representación y de injerencia del tercero en el testamento"[77].

Derivado de su naturaleza personalísima, también se entiende que el testamento no puede ser otorgado por más de una persona, como lo dispone el artículo 1059 del Código Civil colombiano. Ello no es en vano. El testamento, como acto de "última voluntad", debe ser protegido por el ordenamiento jurídico para asegurar que la voluntad manifestada esté completamente exenta de intereses distintos de los del testador[78].

Al respecto, afirma CARRIZOSA PARDO: "La ley quiere que el acto testamentario sea personalísimo para evitar cualesquiera ambigüedades

[74] Desde las Leyes de Partida se afirma la invalidez de las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras: "La voluntad del ome, dijo la ley XXV, título I de la Partida VI, es de tal natura que se muda en muchas maneras: E porende ningún ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda después mudar, quando quisiere, fasta el día que muera; solamente, que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente".

[75] HERNANDO CARRIZOSA PARDO, *Sucesiones y donaciones,* Bogotá, Ediciones Lerner, 1966, pág. 218.

[76] C. C., art. 1060: "La facultad de testar es indelegable". De igual manera este principio se encuentra en el derecho comparado en países como Argentina (art. 3619), España (art. 670), Brasil (art. 1667, inc. 4º), México (art. 1295) y Italia (art. 631).

[77] MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial, op. cit.,* vol. VI, pág. 75.

[78] Sobre el carácter personalísimo afirma la Corte Suprema de Justicia: "Obvio que el testamento es por esencia revocable, como que debe compaginar con la verdadera última voluntad de su otorgante quien ha de expresarla en forma personalísima y con total autonomía, gozando de la facultad de actualizarla mientras viva, bien para eliminar los efectos de una memoria anterior o bien para modificarlos, incluso para dejar que la distribución legal de los bienes relictos se someta a las reglas de la sucesión intestada". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 13 julio 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos.

en la voluntad expresada, y para asegurar un grado máximo de voluntariedad. Quedaron, pues, imperiosamente prohibidos los testamentos mancomunados o de hermandad, que permitieron las leyes españolas para que dos a más personas testaran en un acto"[79].

Es un acto unilateral que no requiere comunicación a un destinatario, como sí lo requiere la oferta[80]. En efecto, para que la oferta tenga efectos jurídicos es necesario que su contenido sea comunicado al destinatario. Este requisito no es necesario en el caso del testamento, puesto que el testador ejerce más bien un "derecho potestativo"[81]. Sin embargo, si bien la validez formal del acto no está sujeta a que un tercero conozca el contenido, sí es necesario, para que produzca una relación obligacional, que los interesados presten su consentimiento.

Así, por ejemplo, si el testador dispusiera que cuando muriera se transfiriera el dominio sobre un inmueble de su propiedad en favor de tal legatario, aun cuando no es necesario que el legatario conozca la disposición para que sea válida, sí es necesario que el legatario consienta, mediante su aceptación, para que la disposición produzca plenos efectos.

El testamento puede extenderse también a disposiciones no patrimoniales. "Es cierto que el testador debe reducirse a legislar, dentro del campo legal, sobre el destino de sus bienes *post mortem,* pero también es manifiesto que por testamento puede ejecutar actos jurídicos, que directamente no son de disposición de bienes, sin que degenere la naturaleza del acto testamentario. Así puede reducir su carta testamentaria a nombrar un tutor o un curador, a nombrar un partidor, a reconocer un hijo natural"[82].

Este principio ha sido bien desarrollado por la jurisprudencia nacional. La Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto afirmando: "El testamento entraña por su naturaleza misma, una disposición de bienes del testador para que tenga efecto después de su muerte; de suerte

[79] Carrizosa Pardo, *op. cit*., pág. 215.

[80] La doctrina señala que por ser un acto de esta naturaleza las reglas de los contratos que pueden ser aplicadas analógicamente a la oferta, por ejemplo, no son aplicables al testamento. Como afirma Messineo: "En efecto, no se aplican al testamento, como negocio no-recepticio, las reglas generales sobre los contratos que en cambio, son en principio aplicables a los negocios unilaterales entre vivos", *op. cit.,* pág. 75.

[81] Luis de Gasperi, *Derecho hereditario,* vol. iii, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953, pág. 190.

[82] Carrizosa Pardo, *op. cit.,* pág. 217.

que si el acto no contiene en forma alguna disposición de bienes, no constituye testamento en el sentido jurídico de la palabra. Pero no es preciso que el testador haga asignaciones especiales a título universal o singular; lo que se exige es que el acto contenga una disposición de bienes en alguna forma"[83].

Así mismo, el testamento es un acto de mera liberalidad porque, aun cuando el testador ejerce actos de disposición sobre sus bienes, no recibe por ello una contraprestación. Impropio sería concluir de lo anterior, sin embargo, que el testamento es una suerte de donación. Son muchas las diferencias que distinguen a ambas figuras. A continuación se señalarán algunas. "Mientras la donación confiere un derecho actual, ejercitable por acción real en virtud del dominio constituido sobre los objetos donados y por acción personal contra el donante y sus herederos para obtener de ellos la ejecución de la donación, el testamento solo concede una esperanza o expectativa, que ni siquiera es un derecho condicional"[84].

Además de ello, la diferencia fundamental radica en la formación de cada figura. Mientras el testamento es un acto unilateral, como se ha indicado, la donación es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades entre dos o más personas. Los efectos de la donación ocurren con ocasión del consentimiento de las partes, mientras que el testamento tiene efectos después de muerto el otorgante, pero en el entendido de que la validez formal del acto ocurre cuando este manifiesta su voluntad.

e) *Aceptación de herencia o legado.* Es necesario referirse a la aceptación de la herencia o legado como uno de los casos de acto unilateral creador de obligaciones. En efecto, como ya se indicó, el propio Código Civil colombiano, en el artículo 1494, relativo a la fuente de las obligaciones, dispone que estas nacen de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos.

Según esta disposición, quien acepta una herencia o legado crea una obligación, pues se obliga en virtud de tal aceptación y esta constituye, según la ley, un hecho voluntario y, de acuerdo con lo que ya se indicó, tiene la naturaleza de un acto jurídico unilateral en la medida en que la voluntad se dirige a obtener determinado efecto jurídico.

[83] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 1923.

[84] DE GÁSPERI, *op. cit.,* pág. 195.

Ahora bien, quienes aceptan una herencia o legado se convierten, en virtud de la aceptación, en herederos o legatarios y, en cuanto tales, adquieren derechos y pueden contraer obligaciones.

El artículo 1494 del Código Civil colombiano parte de una premisa que puede ser cierta pero que no es necesaria: que la herencia incluye derechos y obligaciones. Por su parte, en el caso del legado, si bien es posible que el testador le imponga al legatario pagar una obligación (como en el caso del artículo 1423 del Código Civil colombiano), por lo común lo que se lega es un derecho, real o personal, y no una obligación. Por tanto, dar como ejemplo de un hecho voluntario creador de obligaciones a uno que podría o no ser creador de obligaciones es una desafortunada decisión del legislador.

Ahora bien, aceptando como premisa que la herencia y el legado (siempre) incluyen una obligación y que su aceptación, por tanto, convierte al heredero o legatario en obligado respecto de un acreedor, debe analizarse si esa aceptación es realmente la creadora de la obligación.

Para comenzar, es importante responder a esta pregunta: ¿el acreedor existe en virtud de la aceptación o existía desde antes? La respuesta es clara. El acreedor existe desde antes. En efecto, el acreedor lo era del causante y, por ello, este pudo transmitir la obligación por ministerio de la ley o en virtud de un testamento.

Ahora bien, si la obligación ya existía, ¿podría volverse a crear la misma obligación en virtud de la aceptación de la herencia o legado? Evidentemente, no. Por ello, el artículo 1494 del Código Civil colombiano debe ser interpretado, si se le quiere dar un sentido lógico, entendiendo que, en virtud de la aceptación, nace la obligación respecto del aceptante (pues antes la obligación existía respecto del causante).

Esta interpretación, generosa con el legislador, tampoco es aceptable. La aceptación no crea una obligación que, por definición, implica un vínculo entre un acreedor y un deudor, pues esa obligación ya había sido creada. Lo que ocurre, en virtud de la aceptación, es que el deudor inicial, el causante, es sustituido por uno nuevo, el heredero o legatario, sin que, por supuesto, haya novación, pues la obligación que deben cumplir el heredero o legatario es la misma que tenía el causante y, por tanto, conserva todos sus accesorios.

Con este fundamento, la aceptación de la herencia o legado no crea una obligación, como erróneamente afirma el artículo 1494 del Código Civil colombiano (no es posible crear lo ya creado), sino determina a qué deudor sustituto es posible exigirle el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, en el caso de que el testamento cree una obligación originaria, como en el caso de que el testador disponga una obligación para el heredero o legatario en beneficio de un tercero, evidentemente la fuente de la obligación no es la aceptación sino el testamento y, más precisamente, el acto bilateral que se forma cuando se encuentran la voluntad expresada por el testador y la manifestada por el aceptante.

Ahora bien, ¿qué es y en qué consiste la aceptación de una herencia o legado?

Para comenzar, esta institución existe desde el antiguo derecho romano. Los herederos externos o voluntarios tenían la opción de aceptar o repudiar la herencia. La aceptación se llamaba adición de la herencia. En virtud de ella el heredero adquiría la herencia que, en caso contrario, permanecía yacente.

En el ordenamiento jurídico colombiano el heredero tiene derecho a la herencia y tiene su posesión legal desde la muerte del causante, pero como enseña CARRIZOSA PARDO[85], ello no es definitivo ni obligatorio. El heredero o legatario tienen la opción de aceptar o rechazar y, si el heredero acepta, puede hacerlo con beneficio de inventario. El asignatario que acepta hace irrevocable y definitiva su condición de heredero o legatario.

En el derecho colombiano no existen herederos necesarios (sí forzosos). Es decir, no existen herederos que deban necesariamente aceptar la herencia. Los herederos siempre tienen el derecho de opción. Además, el heredero al que se le defieren varias asignaciones no puede aceptar la no gravada y rechazar la que sí lo está.

Pues bien, para tomar la decisión el heredero tiene un plazo (*ius deliberandi*). Ese plazo comienza a correr desde cuando se le demanda tomar la decisión. Mientras ello no sucede, el heredero puedo no tomar la decisión sin que de ello se deriven consecuencias.

La opción es un derecho que concede la facultad de optar entre aceptar o no y, por tanto, si el asignatario fallece sin que haya tomado su decisión, les transmite a sus herederos el derecho de optar.

El asignatario incurre en mora cuando se cumple el plazo para deliberar sin que el asignatario tome su decisión. Su silencio es interpretado como rechazo de la asignación.

La asignación puede ser pura y simple, acompañada o no del beneficio de inventario, pero no puede estar sujeta a modalidades.

[85] CARRIZOSA PARDO, *op. cit.,* pág. 54.

La aceptación puede ser expresa, como cuando se toma el título de heredero por escritura pública o privada, o puede ser tácita, como cuando se llevan a cabo actos propios del heredero.

La aceptación, en cuanto acto jurídico, puede ser rescindido por fuerza, dolo o lesión. Esta última, consagrada expresamente por el artículo 1291 del Código Civil colombiano, se presenta cuando se disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad.

La aceptación de la asignación también está sujeta a la acción pauliana si se cumplen los requisitos establecidos en la ley para ese efecto. Por tanto, si el heredero acepta la herencia en fraude de sus acreedores (porque lo hace sin beneficio de inventario, sumándole al concurso los herederos del causante), cabe la acción pauliana.

Por su parte, en esta materia cabe uno de los no muchos ejemplos que existen en nuestro ordenamiento de la acción subrogatoria, también conocida como acción oblicua. En efecto, el artículo 1295 del Código Civil colombiano dispone que los acreedores de quien repudia en perjuicio de sus derechos pueden hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor.

f) *Reconocimiento del hijo extramatrimonial.* Como dispone el artículo 5º de la Constitución Política de 1991[86], la familia es reconocida y amparada como "institución básica de la sociedad". Así, es indispensable para el Estado buscar mantener la cohesión y los principios que permitan la total realización de los individuos en el seno familiar. Al respecto afirmó el papa Juan xxiii, en su aclamada encíclica *Pacem in Terris:* "*Por lo que toca a la familia, [...] es necesario considerarla como la semilla primera y natural de la sociedad humana. De lo cual nace el deber de atenderla con suma diligencia tanto en el aspecto económico y social como en la esfera cultural y ética; todas estas medidas tienen como fin consolidar la familia y ayudarla a cumplir su misión*"[87].

Una comunidad política debe su unidad a los elementos particulares que la constituyen[88]. La unidad más elemental de cualquier asociación

[86] Const. Pol., art. 42: "La familia es el núcleo fundamental [*sic*] de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

[87] Juan xxiii, "Pacem in Terris, 1963", en *http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xiii_enc_11041963_pacem_sp.html_*

[88] "Así el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asocia ciones, cuyo fin último es aquel; porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin, y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcanzado su completo desenvolvimiento

política es, en efecto, la familia. Allí los vínculos no se tienen en razón de una finalidad pública, sino que se concretan en un hecho natural tan antiguo[89] como existe documentación histórica. La familia, en este sentido, "es el factor esencial de virtud y de felicidad en la infancia —tiempo de su formación—, después en la edad adulta, en el hogar que se funda por el matrimonio. El nivel de una nación depende, ante todo, del respeto de la institución familiar"[90]. La importancia de la familia se presenta, entonces, como un aspecto central en la vida política; es su unidad básica y a la vez es el espacio primario donde se manifiesta la vida en sociedad.

Hay circunstancias, sin embargo, en las cuales el núcleo familiar no se presenta cohesionado, sino que los vínculos entre padres e hijos son fragmentados. Este es el caso de los hijos no reconocidos por sus padres.

Los hijos extramatrimoniales o naturales[91], antes llamados ilegítimos[92], gozan de igual protección que los nacidos bajo la institución del matrimonio, y su rótulo se debe únicamente al origen del vínculo

---

se dice que es su naturaleza propia, ya se trate de un hombre, de un caballo o de una familia. Puede añadirse que este destino y este fin de los seres es para los mismos el primero de los bienes, y bastarse a sí mismos es, a la vez, un fin y una felicidad. De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana". ARISTÓTELES, *La política,* Madrid, Austral, 2005, pág. 13.

[89] La familia "es, no obstante, de todas las agrupaciones de personas, la más antigua y la más importante; la más antigua, porque es una colectividad natural y la única agrupación natural; la más importante, porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad". FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, Bogotá, Panamericana, 2010, pág. 39.

[90] JACQUES LECLERQ, *La familia*, Barcelona, Herder, 1962, pág. 49.

[91] Vale la pena anotar lo consignado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-595 de 1996 (M. P. Jorge Arango Mejía) respecto de la distinción entre hijos naturales e hijos matrimoniales: "Puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales. Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia. No hay duda alguna sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos y sobre cómo esta igualdad comprende a los ascendientes y descendientes".

[92] C. C., art. 52: "Los hijos ilegítimos son naturales, o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

filial. Ello quiere decir que las obligaciones de los padres respecto del hijo no emancipado[93] son las mismas, sin que importe su origen. Para que dichas obligaciones surjan, se necesita que haya un público reconocimiento de la filiación. Con respecto a los hijos matrimoniales o producto de una unión marital de hecho[94], dicho reconocimiento se presume[95]. No ocurre lo mismo con otros hijos nacidos fuera de estos supuestos de hecho. Es, por consiguiente, necesario que se reconozca al hijo como tal para concretar un vínculo y que, a partir de este, se deriven las obligaciones y derechos subsiguientes.

Reconocer, según el diccionario académico es, en su primera acepción, 'Examinar con cuidado algo o a alguien para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias'. De esta manera, reconocer, del latín *recognoscere,* es develar y darle validez a una afirmación, es concretar una identidad o naturaleza supuesta mediante un acto voluntario del individuo. Jurídicamente, "el reconocimiento, como acto que encierra una confesión de la paternidad, o de la maternidad, o por el cual se establece una filiación, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y de ocupar, respecto de él, la posición jurídica de padre"[96].

"Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento.

"Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos.

"Es adulterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles.

"Es incestuoso para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio". Esta distinción fue derogada por el artículo 30 de la ley 45 de 1936.

[93] Esta materia está regulada en el título XII del libro primero del Código Civil y puede resumirse en estos tres aspectos: 1) cuidado personal de la crianza, 2) cuidado personal de la educación y 3) vigilancia, corrección y sanción.

[94] Ley 1060 de 2006, art. 1º: "El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad".

[95] Ley 153 de 1887, art. 52: "El subsiguiente matrimonio legitima *ipso iure* a los hijos concebidos antes y nacidos en él [...]". De manera más específica, el artículo 213 del Código Civil dispone: "El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad".

[96] Roberto Suárez Franco, *Derecho de familia,* vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 2001, pág. 60.

El reconocimiento es un acto esencialmente voluntario. Aun cuando se tiene un deber moral de desempeñar el papel de padre frente a un hijo, jurídicamente este no es exigible y solo adquiere la naturaleza de tal cuando públicamente, y con arreglo a ciertas solemnidades (que veremos después), se manifiesta la voluntad encaminada a generar tal efecto jurídico. Sin embargo, el reconocimiento es distinto[97] de los demás actos jurídicos unilaterales, en el sentido de que no está encaminado a producir un vínculo obligatorio sino, más acertadamente, a declarar un vínculo filial y, como tal, a reconocer una situación (la de hijo).

El reconocimiento no tiene como finalidad la de hacer deudor a quien manifiesta la voluntad ni otorgarle un derecho correlativo a un tercero (previa aceptación), sino que tiene, como acertadamente expresa FRANCESCO MESSINEO, "una finalidad certificativa (de derecho sustancial y no meramente probatorio), por efecto de la cual una relación de hecho, y como tal ignorada por la ley, queda convertida (aun sin cambiar en la esencia) en una relación de derecho"[98].

El reconocimiento reviste en su contenido dos modalidades: el reconocimiento-confesión[99] y el reconocimiento-admisión. El reconocimiento-confesión[100] no tiene el carácter de manifestación de voluntad porque más bien es un hecho jurídico[101]. El reconocimiento-admisión,

[97] FRANCO CARRESI, "Il riconoscimento dei figli naturali", Diritto Civile, num. 111, 1940.

[98] FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial,* vol. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 149.

[99] Esta clase de reconocimiento está quizás consignado en el inc. 5º del art. 1º de la ley 75 de 1968: "El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquiera persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal, el defensor de menores y el ministerio público, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previos los trámites de una articulación". Vemos como, en este caso, no son los padres voluntariamente quienes buscan un efecto jurídico, sino más bien están constreñidos judicialmente a hacer una confesión la cual produce sus plenos efectos jurídicos sin considerar la voluntad de estos.

[100] El efecto del reconocimiento-confesión, que es la constitución de un vínculo filial, opera independientemente de la voluntad del progenitor. Allí, los efectos jurídicos no son buscados e incluso pueden tratar de ser eludidos pero se configuran por el ministerio de la ley.

[101] El tratadista español ALBALADEJO GARCÍA afirma: "Quien confiesa, refiere un hecho o convicción respecto de un suceso pasado, cuyas consecuencias puede no apetecer en modo alguno y aun intenta eludir. Así, el reo no quiere la pena cuando confiesa su

en este sentido, reviste la característica de acto jurídico unilateral, puesto que contiene "la voluntad de constituir una nueva relación jurídica y no solamente la de fijar un hecho o una relación natural preexistente"[102]. Para mayor claridad, se analizarán las características de este acto jurídico para luego presentar las formas en cómo puede concretarse.

El reconocimiento es un acto eminentemente personal, hasta el punto quizás de llegar a serlo tanto como el testamento. Esto quiere decir que los únicos legitimados para poder llevarlo a cabo son el padre o la madre. Por la misma razón, la facultad de reconocer a un hijo no puede ser delegada a un tercero[103]. Impropio sería, así mismo, suponer que, con el reconocimiento proveniente del padre, se produce también el de la madre. Tampoco se necesita el consentimiento del otro para producir sus plenos efectos[104].

Es, además, un acto completamente voluntario entendiendo por esto que el padre no puede ser constreñido a reconocer a su hijo. Esta afirmación parece, a primera vista, contraria al orden público, pero si se tiene en cuenta que el hijo tiene derecho a que se declare judicialmente su filiación, con la previa demostración en juicio, no tendría razón de ser constreñir la voluntad del padre, pues este tiene solo un deber moral y social de reconocer a su hijo.

Es además, un acto expreso. El reconocimiento tácito no es admisible en nuestro ordenamiento. Además, el legislador ha dispuesto unas formas que permiten certificar, con la mayor exactitud, la voluntad del progenitor. Si no se puede deducir del acto la voluntad expresa, es necesario recurrir al juicio pertinente para acreditar la filiación[105].

La doctrina afirma mayoritariamente que el reconocimiento es un acto unilateral. Si bien, como indican algunos autores, con la

---

delito, y la pena no le es impuesta porque haya manifestado su voluntad de cumplirla. La confesión no es un negocio jurídico, porque no es una manifestación de voluntad, propiamente hablando, ni tiene como fin crear o promover determinadas consecuencias jurídicas futuras: la confesión es tan solo una exteriorización del pensamiento". Manuel Albaladejo García, *El reconocimiento de la filiación natural,* vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954, pág. 20.

[102] Miguel Royo Martínez, *Derecho de familia,* Sevilla, Impr. Suárez, 1949, pág. 261.

[103] Suárez Franco, *op. cit.,* pág. 62.

[104] Jean Carbonnier, *La famille,* vol. II, Paris, Presses Universitaires de France, 1955, núm. 305.

[105] Ello se deduce de los artículos 219, 239 y 246 del Código Civil. Además, el artículo 1º de la ley 75 de 1968 así lo dispone.

notificación y aceptación de parte del hijo reconocido surgen los derechos para quien realiza el acto[106], ello no implica, en estricto sentido, que por ella sea un acto bilateral. Se trata, más bien, de un acto unilateral que debe ser comunicado al interesado[107]. El acto no produce efectos solo con la expresión de la voluntad unilateral; es necesario que se notifique al interesado, al hijo.

Desde este momento son exigibles por el hijo las obligaciones propias de la calidad de progenitor y, por ello, no puede ser revocado[108]. La aceptación por parte del hijo confirma el surgimiento de derechos y obligaciones correlativas, mas no es una condición para la eficacia del acto, el cual tiene, desde su manifestación solemne, vida jurídica plena.

En cualquier caso, es muy importante tener en cuenta que las obligaciones entre padres e hijos no tienen su fuente en el reconocimiento unilateral de los padres sino en la ley. Ahora bien, es el reconocimiento el que le permite al hijo hacer exigibles esas obligaciones respecto de unos individuos determinados.

En lo tocante a la irrevocabilidad del acto jurídico, puede concluirse lo siguiente: no pueden el padre ni la madre dejarlo, por voluntad, sin efectos[109], ni aun con el asentimiento del hijo[110], porque los efectos de la manifestación trascienden el plano de los efectos interpartes. Esta última consideración es de suma importancia. "El hijo reconocido como natural tiene esa calidad, no respecto al padre o a la madre que lo reconoce, sino respecto de todos, es decir, produce efectos absolutos. No sería legalmente posible que el hijo fuera extramatrimonial con relación a sus padres, mas no frente a terceros; ello atentaría contra el principio de la indivisibilidad del estado civil"[111]. De esta manera,

[106] Ley 75 de 1968, art. 4º: "El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1º del Código Civil, para la legitimación".

[107] "Hacer depender el reconocimiento de que el hijo lo acepte, a más de derecho imposible en algunos casos (como en el reconocimiento del *nasciturus* o del hijo muerto), tendría la inoportunidad de hacer pensar en un contrato". BIAGIO BRUGI, *Instituciones del derecho civil,* México, D. F., Uteha, 1946, pág. 269.

Con arreglo a las disposiciones del título XI del libro primero del Código Civil colombiano.

[108] Ley 75 de 1968, art. 1º: "El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable [...]".

[109] Siendo así, la expresión más patente de la normativa de los actos jurídicos, aun los que se perfeccionan unilateralmente.

[110] MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho de familia,* Santiago de Chile, Nascimento, 1946, pág. 269.

[111] SUÁREZ FRANCO, *op. cit*., pág. 63.

constituye el reconocimiento una especial excepción al principio de relatividad de los actos jurídicos porque produce efectos *erga omnes*.

Es importante anotar que mediante el reconocimiento se declara una situación de hecho. Con la manifestación de la voluntad no se está constituyendo el vínculo filial. Este surge desde el momento de la concepción. Es, por consiguiente, un acto declarativo del estado civil y no constitutivo. En consecuencia, el acto no puede contener ninguna modalidad ni puede modificarse en ningún aspecto porque la normativa de la familia es de orden público y, además, esto contravendría la esencia del acto.

En cuanto a la forma de llevar a cabo el reconocimiento, la ley 75 de 1968, en el artículo 1º, dispone:

"El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

"1) En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce[112].

"2) Por escritura pública.

"3) Por testamento, caso en el cual la renovación de éste no implica la del reconocimiento.

"4) Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene".

Así, es claro que si el acto se celebra por medios distintos de los previstos por esta norma, es ineficaz y no nace siquiera a la vida jurídica.

Para finalizar, debe señalarse que el hijo reconocido no necesariamente tiene que existir en el momento en que se celebra el acto. El legislador[113] estableció la posibilidad de que los padres reconozcan al hijo antes de su nacimiento. El acto es válido incluso si el hijo no llega a existir, pero solo produce sus plenos efectos en el momento del nacimiento. También, y esto por desarrollo jurisprudencial, el hijo fallecido es susceptible de reconocimiento. Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia: "Se puede concluir que el reconocimiento de un hijo natural ya fallecido solo puede tener lugar cuando tal hijo ha

[112] Frente al primer numeral, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que "no es suficiente la sola referencia hecha en el acta de origen eclesiástico por quien la escribió en el registro, en lo relativo a la indicación del padre natural del bautizado". C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 11 diciembre 1946.

[113] Ley 75 de 1968, art. 2º: "El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento, por los medios que contemplan los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 1º de esta ley".

dejado posteridad legítima, y esto con el fin de que sus descendientes puedan aprovecharse de la situación que les proporcionaría el nuevo estado, colocándolos en la condición de representar a su padre legítimo en la sucesión de su abuelo"[114].

3. Los actos que siendo expresión de una parte no son actos jurídicos unilaterales fuente de las obligaciones. El caso de los cuasicontratos

En una de sus obras, titulada *Aurie* (que recibimos en pequeños fragmentos a través del *Digesto*), el jurista romano Gayo, al determinar las causas de las obligaciones, concluyó que había algunas figuras jurídicas que no estaban plenamente identificadas dentro de la *summa divisio* (*ex contractu* y *ex maleficio*) pero que se parecían a estas[115]. Los *quasi ex contractu* y *los quasi ex maleficio* se presentaron como comparaciones simétricas respecto de sus instituciones "origen" y lo hicieron "para concluir que algunas obligaciones que no encajaban dentro [*sic*] de las fuentes de la *summa divisio* se parecían a las obligaciones contractuales o delictuales en cuanto a sus efectos. Pero no en cuanto a su estructura, debido a la gran técnica y precisión de los romanos"[116]. Lo que fuera una comparación se convirtió en una división retomada plenamente por el derecho francés y, por su conducto, por el Código Civil colombiano. En efecto, los cuasicontratos son definidos por este Código Civil[117], siguiendo al francés[118], como hechos lícitos[119].

[114] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 11 diciembre 1946.

[115] "*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris [...] Tutelae judicio qui tenentur [...] quasi ex contractu teneri vivendur*" L. 1, pr., *Digesto*, xliv, 7.

[116] Tamayo Lombana, *op. cit.,* pág. 28.

[117] C. C., art. 1494: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos [...]".

C. C., art. 2302: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato".

[118] Código Civil francés, art. 1371 "los cuasicontratos son los hechos puramente voluntarios del hombre, de los cuales resulta una obligación hacia un tercero y algunas veces una obligación recíproca entre dos partes".

[119] En la doctrina ha habido un acalorado debate sobre las fuentes del derecho. Al respecto pueden consultarse: Henri y León Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, t. vi,

En primer lugar, los cuasicontratos son hechos jurídicos; es decir, "todo hecho físico o hecho humano cuyos efectos jurídicos relevantes se producen por el solo ministerio de una norma jurídica, con independencia de la voluntad reflexiva"[120].

En segundo lugar, este hecho debe ser jurídicamente relevante; es decir, incidir en el "ritmo ordenado de la vida en sociedad"[121] para que sea considerado una fuente de obligaciones.

En tercer lugar, "es preciso que el hecho, y las consecuencias que de él se derivan, estén contempladas en la ley y que, además, tales consecuencias sean precisamente la creación de un vínculo obligatorio"[122].

Esto no quiere decir que los cuasicontratos tengan un carácter puramente accidental y que no medie la voluntad de los agentes.

Los cuasicontratos ocurren en virtud de la actuación de la voluntad humana, pero los efectos jurídicos que de ellos se derivan no tienen como origen la voluntad de los agentes. Es la ley la que establece los efectos de las conductas de los agentes y no la voluntad privada[123]. Este es uno de los puntos capitales que permite distinguir entre los "actos jurídicos y los hechos jurídicos".

Hay otro punto que permite diferenciarlos. En virtud de los actos jurídicos unilaterales resulta obligada la persona que lo ejecuta, quien expresa su voluntad mediante el acto jurídico; en virtud de los hechos voluntarios lícitos se obliga la persona que lo lleva a cabo, pero también puede resultar obligado un tercero. Esta segunda persona que figura en el vínculo obligatorio no deriva su obligación de su voluntad (que, por demás, nuca tuvo oportunidad de expresar), sino de la ley. Esta, a su vez, desarrolla principios como la equidad, la buena fe y el rechazo al enriquecimiento sin causa, fenómeno jurídico que tiene una estrecha

---

Parte Primera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 449; René Abeliuk Mansevich, *Las obligaciones,* 3ª ed., vol. I, Santiago-Bogotá, Editorial Jurídica de Chile-Edit. Temis, 1993, pág. 150; Marcel Planiol, "Clasificación de las fuentes de las obligaciones" en *Revue Critique,* t. II, núms. 805 y ss., La Habana, Casa Editorial Cultural; Ambroise Colin y René Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, núms. 6 y ss., Paris, Librairie Dalloz, 1935, entre otros.

[120] Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones,* Bogotá, Ibáñez, 2012, pág. 161.

[121] *Ibid*.

[122] *Ibid.*

[123] Jean Carbonnier, "Les obligations", en *Droit civil,* vol. IV, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pág. 467.

relación con los cuasicontratos y que, en algunos ordenamientos, como el francés, es considerado un verdadero cuasicontrato.

Con fundamento en lo que se ha indicado, se impone una pregunta: ¿por qué no considerar que es la ley la fuente de las obligaciones y no los cuasicontratos? Esta es la posición de buena parte de la doctrina[124] que estima innecesario dotar a los cuasicontratos de un espacio propio como fuente de obligaciones.

Sin embargo, una minoría de la doctrina, a la que pertenecen ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH, opta por mantener la institución de los cuasicontratos como una fuente autónoma. Estos juristas chilenos afirman: "Es verdad que las obligaciones que llevan aparejadas los cuasicontratos son creadas y establecidas no por los autores de esos hechos, sino por la ley; pero ocurre que esta conecta dichas obligaciones que les fueron anexadas. Pueden compararse estos casos al de la mujer que recibe en su claustro un embrión ajeno; cumplido el período de gestación, es ella la que da nacimiento a la criatura y no la madre biológica de esta"[125].

Pues bien, en el Código Civil colombiano, los cuasicontratos están consagrados como una fuente de obligaciones autónoma que se manifiesta de tres maneras: la agencia oficiosa (2.1), el pago de lo no debido (2.2) y la comunidad (2.3)[126].

A) *La agencia oficiosa*

La institución tiene su origen en el derecho romano, en que se distinguió la agencia oficiosa del enriquecimiento sin causa con apoyo en la noción de equidad y un elemento subjetivo[127].

En primer lugar, en el enriquecimiento sin causa hay un patrimonio que sufre un detrimento injustificado y otro que, correlativamente,

[124] Entre ellos, OSPINA FERNÁNDEZ y FERNANDO VÉLEZ.

[125] ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVICH, "De las obligaciones en general y sus diversas clases", en *Tratado de las obligaciones,* vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 31.

[126] En el derecho comparado (de herencia continental europea) encontramos variedad de las instituciones consagradas: en Francia, la comunidad no es considerada un cuasicontrato, únicamente la agencia oficiosa y el pago de lo no debido (art. 1372 y ss.); en España la comunidad tampoco figura como cuasicontrato y sí las otras dos (C. C., arts. 1888 a 1901); en Chile las tres figuran dentro del capítulo de los cuasicontratos.

[127] FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations,* Paris, Editions Dalloz, 1993, pág. 730.

obtiene un incremento sin justa causa; en el caso de la agencia oficiosa, este elemento no es esencial.

La segunda diferencia se refiere al elemento subjetivo de la agencia oficiosa. El agente oficioso decide voluntariamente ponerse en una situación que le impone obligaciones, mientras que en el enriquecimiento sin causa el elemento objetivo prevalece: el detrimento patrimonial y el acrecentamiento de otro sin justa causa no implica la voluntariedad de las partes.

En el derecho romano se le reconocía al agente oficioso la acción *negotiorum gestorum contraria,* y al interesado, la acción *negotiorum gestorum directa,* ambas hechas a imagen y semejanza de las acciones correspondientes al mandato. En la gestión de negocios, sin embargo, en el derecho romano, como hoy, se limitaba la posibilidad del agente oficioso a reclamar solo las expensas que le hubieren reportado algún beneficio al interesado.

Luego, en los albores del siglo XIX[128] y en la jurisprudencia francesa, se pusieron en evidencia ciertas actividades que cabían en la definición de agencia oficiosa; verbigracia, los médicos que sin consentimiento de su paciente decidían, voluntariamente, llevar a cabo una operación en aras de evitar un mal mayor.

Por su parte, en el Código Civil colombiano la agencia oficiosa es un cuasicontrato típico o nominado. "Y en este caso no solamente lo es por su propia consagración, sino también porque a ella se aplican las normas que organizan legalmente el contrato de mandato en cuanto no choquen con la peculiaridad de la agencia"[129]. Así lo dispone el artículo 2305, según el cual "las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario"[130].

Ahora bien, la agencia oficiosa "consiste en la administración por una persona de los negocios o bienes de otra, sin que para tal efecto se haya celebrado entre ellas un contrato de mandato ni aquella obre en

[128] Terré, Simler, y Lequette, *op. cit.,* pág. 729.

[129] Ospina Fernández y Ospina Acosta, *op. cit.,* pág. 318.

[130] C. C., art. 2306: "Debe, en consecuencia, emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia; pero su responsabilidad podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión.

"Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, solo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa leve; salvo que se haya ofrecido a ella, impidiendo que otros lo hiciesen, pues en este caso responderá de toda culpa".

ejercicio de una representación establecida por la ley"[131]. Esta definición está más en consonancia con la institución que la definición del Código Civil colombiano, pues este, en el artículo 2304, la define como "[...] un contrato por el cual el que administra sin mandato los bienes de alguna persona, se obliga para con esta, y la obliga en ciertos casos".

Salta a la vista la impropia equiparación de la agencia oficiosa con un contrato. En efecto, un contrato supone, necesariamente, un acuerdo de voluntades que, evidentemente, no existe en la agencia oficiosa.

Para que se presente una agenciosa oficiosa[132], por el contrario, se requiere que no haya un contrato, pues de haberlo, la agencia oficiosa se hace no solo innecesaria, sino imposible. En efecto, "por hipótesis, la agencia oficiosa constituye un acto unipersonal del agente, realizado sin el consentimiento del dueño de los bienes o negocio, y que, sin embargo, impone a aquel obligaciones análogas a las del mandatario y, en especial, la de emplear en la gestión el cuidado y diligencia de un buen padre de familia, la de encargarse de todas las dependencias del negocio y continuar en la gestión hasta que el dueño pueda tomarla o encargarla a otra persona"[133].

Ahora bien, el agente oficioso se obliga pero no porque así lo haya deseado y en los términos de su voluntad sino por acción de una norma jurídica que, teniendo en cuenta la acción efectuada por el agente, dispone que este se obliga respecto de la persona para quien despliega su acto. Por su parte, el beneficiado con la agencia, a quien el Código Civil colombiano se refiere como el dueño de los bienes administrados por el agente sin mandato para el efecto, no solicita la intervención del agente y, por tanto, es imposible que haya prestado su consentimiento

[131] CUBIDES CAMACHO, *op. cit.,* pág. 258.

[132] Otras definiciones, aunque siguiendo el mismo tenor, pueden encontrarse en la jurisprudencia: a manera de ejemplo, la sentencia T-301 de 2003. Allí la Corte Constitucional afirma: "La agencia oficiosa es una figura por medio de la cual un tercero representa los derechos del titular, en razón de la imposibilidad de este para llevar a cabo tal defensa por su propia cuenta. En este sentido, el agente oficioso carece, en principio, de un interés propio en la acción que interpone, toda vez que la vulneración de derechos que se somete al conocimiento del juez solo está relacionada con intereses individuales del titular de los mencionados derechos. «1) Que el agente afirme actuar como tal y 2) demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa», bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones psíquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia".

[133] OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit*., pág. 318.

para el efecto. Es más, normalmente ignora por completo el obrar del agente, por lo menos en el mismo instante en que lo lleva a cabo.

En suma, en el caso de la agencia oficiosa, las obligaciones están determinadas por la ley y esta no considera la voluntad del agente sino un factor objetivo: la utilidad prestada a los negocios ajenos.

Ahora bien, ya hemos indicado que según lo dispuesto por el Código Civil colombiano, las obligaciones del agente oficioso son las mismas que las del mandatario. Por su parte, el modelo de responsabilidad subjetiva que se le impone al gestor de negocios, en principio el de "buen padre de familia", depende de las particularidades de la agencia oficiosa, en los términos del artículo 2306.

En efecto, el legislador consideró una serie de supuestos que, en razón de la equidad, influyen en los grados de culpa por los cuales responde el agente oficioso. En el caso de que obre para salvar de un peligro inminente intereses ajenos, por ejemplo, que la casa del interesado se esté incendiando y requiera una intervención inmediata, el agente solo responderá por culpa grave o dolo.

En un segundo supuesto, si el gestor de negocios acepta voluntariamente administrar los negocios de un tercero, como en el caso de que este se encuentre de viaje y el agente oficioso decida voluntariamente seguir con la compraventa de un automóvil que el interesado iba a efectuar antes de viajar, el agente responderá hasta por culpa leve.

Por su parte, si el gestor de negocios toma voluntariamente la administración de negocios ajenos y además, les impide a otros interesados hacerlo, responderá hasta por su culpa levísima.

Por supuesto, se trata de una aplicación concreta de las normas que, en materia de responsabilidad del deudor consagra, de manera general, el artículo 1604 del Código Civil colombiano. No obstante, vale la pena anotar que el artículo 2306 del Código Civil colombiano no se limita a determinar el grado de responsabilidad en función de la utilidad del acto; además, incluye otro tipo de consideraciones como el peligro inminente o evitar que otras personas pudieran llevar cabo la agencia.

Además, según lo dispuesto por el artículo 2307 del Código Civil colombiano, el agente oficioso debe encargarse de todas las dependencias del negocio y llevar a cabo su gestión hasta que el interesado pueda hacerse cargo nuevamente de sus negocios o encargarlos a otro, o si el interesado fallece, hasta que los herederos dispongan[134].

[134] C. C., art. 2307: "Debe, así mismo, encargarse de todas las dependencias del negocio, y continuar en la gestión hasta que el interesado pueda tomarla o encargarla a otro. Si el interesado fallece, deberá continuar en la gestión hasta que los herederos dispongan".

No es fácil entender la severidad de esta norma respecto del agente oficioso, que, en principio está cumpliendo una función en favor de otro que no la puede cumplir. Tal vez se trate de desestimular la intervención no solicitada en negocios ajenos, pero por supuesto, también desestimula la solidaridad. En efecto, una cosa es encargarse de una gestión momentáneamente mientras pasa el peligro o se suple la necesidad y otra cosa es encargarse de todo el negocio y hasta que los interesados puedan encargarse o, en el caso de los herederos, hasta que ellos dispongan, plazo que puede ser largo, teniendo en cuenta las particularidades que pueden presentarse cuando existen varios herederos con intereses distintos y, en ocasiones, contrapuestos.

Por otra parte, el artículo 2308[135] del Código Civil colombiano distingue dos situaciones en lo referente a las obligaciones del interesado. El legislador tuvo en cuenta que la agencia oficiosa debía resultar en beneficio del interesado; impropio sería que un agente se aprovechara y causara perjuicios al interesado cuando este no pudiese ocuparse en lo suyo. Así pues, si la agencia oficiosa reportó un beneficio para el interesado, este deberá restituir las expensas útiles y necesarias, pero en ningún caso las suntuarias[136]. Pero si, por otra parte, la gestión dio como resultado detrimento del interesado, surge una nueva obligación para el gestor: la de indemnizar los perjuicios causados al interesado.

Vale la pena señalar que si el negocio ha sido bien administrado, de la agencia oficiosa surgen obligaciones no solo para el agente, sino también para el interesado. En efecto, en ese caso este tiene la obligación de cumplir las obligaciones contraídas por el agente con terceros en el desarrollo de la gestión y la de reembolsarle las expensas útiles y necesarias al agente. No obstante, no se trata de obligaciones que tengan su fuente en un acto unilateral (un cuasicontrato no lo es), sino en la ley, que por razones de equidad dispone que ante la presencia de ciertas circunstancias, el interesado está en la obligación de cumplir algunas obligaciones respecto de terceros y del agente oficioso.

Ahora bien, en el caso particular de que la gestión se haga contra la expresa prohibición del interesado, la ley no despoja al agente oficioso

[135] C. C., art. 2308: "Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión, y le reembolsará las expensas útiles o necesarias. El interesado no es obligado a pagar salario alguno al gerente. Si el negocio ha sido mal administrado, el gerente es responsable de los perjuicios".

[136] C. C., art. 2309: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado".

de todos sus derechos, pero condiciona el derecho a recibir el reembolso a que la gestión hubiere sido efectivamente útil y la utilidad existiere en el momento de la reclamación. Además, en este caso, el juez deberá concederle al interesado el plazo que este solicitare para hacer el pago y que pareciere equitativo.

La jurisprudencia en repetidas ocasiones se ha planteado el escenario de los efectos frente a terceros, pues el Código Civil colombiano no lo regula expresamente. Como la agencia oficiosa sigue la normativa general del mandato, se debe concluir que los actos llevados a cabo por el gestor son inoponibles al interesado porque no hay un consentimiento de este, como sí lo hay en el mandato. Sin embargo, la misma institución no puede caber en estos supuestos, pues la falta de facultad del interesado es precisamente lo que la distingue del mandato. Por construcción jurisprudencial[137], el ordenamiento civil colombiano ha llegado a la conclusión de que, cuando la gestión beneficie al interesado, los actos sí son oponibles, aun sin ratificación de este. En caso contrario, los actos celebrados por el gestor tienen los mismos efectos que la extralimitación del mandato: la inexistencia.

La agencia oficiosa también es aplicable en derecho procesal[138]. El artículo 47 del Código de Procedimiento Civil[139] admite la posibilidad

[137] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 26 abril 1995, exp. 4193, M. P. Héctor Marín Naranjo. "[...] El agente oficioso solo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunda en provecho de este, o ha sido ratificada. En los demás casos, trátase de actos inoponibles al dueño; es decir, de actos que en relación con él son ineficaces o inexistentes. En manera alguna nulos, como quiera que la nulidad, aun la radical, exige siquiera un principio de existencia del acto jurídico. Mal puede ser nulo lo que no ha nacido, lo que carece de vida, así sea aparente ante la ley. El acto jurídico que se ha creado sin mi consentimiento ni mi intervención, relativo a mis bienes, es para mí como si no existiera; no es un acto nulo de nulidad absoluta, sino un acto que nadie me puede oponer para que yo lo cumpla. Siendo para mí ese negocio concerniente a mi patrimonio *res inter alios acta,* no tengo necesidad de romper el vínculo jurídico que contra mí pretenda deducírseme, porque no habiendo vínculo por ausencia total de mi consentimiento, nada hay que romper".

[138] En 2006, por ejemplo, el esposo de Ingrid Betancourt, mediante apoderado, instauró acción de tutela porque consideraba que se le estaban violando los derechos al debido proceso y al reconocimiento de la personalidad jurídica porque el Consejo Nacional Electoral había decidido extinguir la personería jurídica del partido político Verde Oxígeno cuyo representante legal era la señora Betancourt. Su esposo adelantó todos los negocios mientras la señora Betancourt estaba secuestrada y alegó que lo hacía como agente oficioso. El proceso de tutela fue revisado por la Corte Constitucional, que aunque reconoció la agencia oficiosa, no tuteló los derechos presuntamente violados. Sent. T-378 de 2006.

[139] "Se podrá promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha

de que se presente demanda en nombre de una persona de la que no se tenga poder para representarla. La presentación de la demanda supone la afirmación, bajo juramento, de que el representado está ausente o tiene un impedimento para presentar la demanda personalmente. La ausencia de ratificación, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda, causa la terminación del proceso y hace responsable al agente de pagarle costas y perjuicios al demandado.

Es interesante subrayar que esta norma no prevé la posibilidad de que alguien pueda obrar como agente oficioso del demandado, tal vez con fundamento en el hecho de que el demandado debe defenderse personalmente y que, si no lo hace, debe estar representado por un curador *ad litem*.

Por el contrario, la nueva norma sobre este punto, que debe entrar a regir en el futuro, el artículo 57 del Código General del Proceso, sí establece la posibilidad de que haya un agente oficioso del demandado. Esto parece sensato, pues en principio, para el demandado que no puede obrar directamente, debería ser preferible estar representado por un agente oficioso que quizás tenga un interés directo en su defensa y alguna relación previa con el defendido, que por un curador *ad litem*.

B) *Pago de lo no debido*

"Pagar lo indebido —escribieron MAZEAUD y JUGLART— es ejecutar una prestación a la cual no se está obligado, y sin tener la voluntad de pagar la deuda de otro. El *solvens* se convierte en acreedor y el *accipiens* en deudor de la restitución"[140].

El ordenamiento jurídico colombiano[141] consagró la figura para evitar el enriquecimiento sin causa de quien, por error, recibe el pago.

---

circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquella. El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si este no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda. El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados por la ley".

[140] HENRI MAZEAUD y MICHEL DE JUGLART, *Leçons de droit civil,* vol. II, Paris, Éditions Montchrestien, 1973, núm. 652.

[141] El ordenamiento civil colombiano no es el único que consagra la figura del pago de lo no debido. El artículo 1235 del Código Civil francés dispone: "Todo pago supone una deuda: lo que se pagó sin deberse queda sujeto a repetición". Por su parte, el Código Civil italiano lo consagra en el artículo 2033.

"El pago de lo no debido constituye una especie del género del enriquecimiento injusto. Quien demuestre que hizo un pago sin ninguna razón jurídica que lo justifique, está habilitado para la repetición" [142]. Por supuesto, sería lesivo de los derechos sustantivos y del orden social que una persona que pagara por error se viera obligada a soportar que se empobreciera su patrimonio y que otro se enriqueciera sin título alguno.

Diversas son las hipótesis que pueden dar lugar al pago de lo no debido: el pago de una deuda ajena sin que exista la intención precisa de pagarla, el pago de una deuda que no existe, el pago de una obligación que ha sido declarada nula y el pago de una suma mayor de la que realmente se debe. En todas estas hipótesis "el *solvens* se ha equivocado al hacer el pago; ha pagado algo que creía deber, sin deberlo en realidad". En todas estas hipótesis quien paga no está obligado y hace el pago por error: "Falta el deber de cumplimiento por parte del *solvens,* porque ni por causa onerosa, ni por causa gratuita, quien haya cumplido estuvo obligado a ello"[143].

En las situaciones propuestas están presentes dos condiciones básicas: 1) inexistencia de la deuda respecto de quien la paga y 2) error de quien hace.

En cualquier caso, para poder ejercer la acción de repetición del pago[144], la ley[145] prevé que el receptor del pago no debe haber destruido, de buena fe, su título de crédito. Si el receptor del pago cancela o destruye, de buena fe, su título de crédito, quien pagó por error solo tendrá una acción de reembolso en contra del verdadero deudor de la obligación y ninguna contra el receptor del pago. Esta norma se apoya en el sentido común y el de justicia. Si el acreedor se despoja,

[142] C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. del 23 abril 2003, exp. 7351, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Allí se confirma que el pago de lo no debido es una especie de enriquecimiento sin causa.

[143] Tamayo Lombana, *op. cit.,* pág. 290.

[144] Los romanos distinguieron entre la acción *in rem verso* y la acción de la *conditio indebiti* para denotar procesalmente que el pago de lo no debido es diferente del enriquecimiento sin causa. En la doctrina moderna se distinguen también ambas acciones, pero como hemos visto, el pago de lo no debido supone una especie del género enriquecimiento sin causa.

[145] C. C., art. 2313: "Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor".

de buena fe, de los instrumentos que le servían para cobrar la obligación, no debe verse perjudicado. Si tuviera que reembolsarle el pago a quien lo hizo, en perjuicio de que cobrarle la obligación al deudor se haría imposible o, por lo menos, más difícil, al carecer ahora de los instrumentos para el cobro.

Así las cosas, la primera condición básica para que haya pago de lo no debido debe ser, necesariamente, la inexistencia de la deuda. Así ocurre en el caso por, ejemplo, de alguien que paga el precio de un bien inmueble cuyo contrato de compraventa se celebró mediante escrito privado. Aquí evidentemente la obligación no existe, pues tampoco existe el título que le habría dado origen por no cumplir las solemnidades sustanciales que la ley exige.

En cuanto a las obligaciones naturales[146], el análisis es diferente. En la medida en que las obligaciones naturales constituyen un título válido para pagar una obligación, el pago voluntario de una obligación natural no constituye un pago de lo no debido.

Ahora bien, ¿qué ocurre si quien paga una obligación natural creía, por error, que estaba pagando una obligación civil? ¿Se trata de un pago de lo no debido que, por ende, da derecho a repetir lo pagado? En la medida en que la obligación existe y constituye un título válido para hacer el pago, ¿el error mencionado es indiferente y no hay un pago de lo no debido?

Al respecto debe hacerse la siguiente distinción: si quien paga no es el deudor de la obligación natural, se presenta un pago de lo no debido. Evidentemente, en este caso no hay ninguna diferencia respecto del pago de una obligación civil. Hubo un error en el pago y quien pagó no era el obligado (ni de una obligación civil ni de una natural). Por el contrario, si quien paga es el deudor de la obligación natural pero hizo el pago creyendo que se trataba de una obligación civil, el pago es válido. En este caso, el error es indiferente teniendo en cuenta que la obligación sí existía.

Sin embargo, respecto del artículo 2314 del Código Civil colombiano, relativo al pago, por error, de obligaciones naturales, la doctrina, según ALBERTO TAMAYO LOMBANA[147], ha propuesto la siguiente solución: "El deudor de una obligación natural que paga una obligación natural

[146] C. C., art. 2314: "No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural, de las enumeradas en el artículo 1527".

[147] TAMAYO LOMBANA presenta los argumentos de una parte de la doctrina francesa.

por error, creyendo que se trataba de una obligación civil, ha hecho un pago indebido. Para que el pago de una obligación natural sea verdadero y definitivo: que se haya hecho voluntariamente. Voluntariamente, equivale a decir: con conocimiento de causa, a sabiendas de que se pagaba una obligación de estas características"[148].

Es cuestionable esta tesis. Si quien paga una obligación natural es su deudor, el pago es válido. En efecto, el solo error no implica el pago de lo no debido. Se requiere, además, que quien paga no esté obligado. Quien paga una obligación natural sí está obligado y, por ende, su pago es válido. Es un poderoso argumento en favor de esta tesis el artículo 2315[149] del Código Civil colombiano, que dispone que puede repetirse aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni siquiera una obligación natural. En efecto, si se paga una obligación natural, no es posible repetir lo que se haya pagado en virtud de un error de derecho y, por tanto, menos aún si se paga en virtud de un error de hecho que, en cuanto error, es menos justificable que el de derecho. Por último, la tesis contraria, para guardar coherencia, conduciría a soluciones absurdas como que quien paga una obligación civil, por error, es decir, sin tener la intención de pagarla, estaría haciendo un pago de lo no debido.

Por supuesto, según lo dispuesto por la ley, tanto el error de hecho como el de derecho dan lugar, en ausencia de una obligación por pagar, al pago de lo no debido. El pago de lo no debido, en suma, debe hacerse, necesariamente, a causa de un error de quien paga. Por ende, no hay pago de lo no debido cuando alguien paga una obligación, propia o ajena, por algún motivo distinto del error.

No habría lugar a pago de lo no debido cuando, por ejemplo, alguien paga una deuda de un tercero a sabiendas de que es este, y no quien paga, quien está obligado respecto de su acreedor. Si se admitiese lo contrario, se estarían desconociendo no solo las normas que gobiernan el pago de lo no debido, sino también las que regulan el pago y, en particular lo dispuesto por el artículo 1630[150] del Código Civil colombiano,

[148] Tamayo Lombana, *op. cit*., pág. 290.

[149] C.C., art. 2315: "Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural".

[150] C. C., art. 1630: "Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor.

"Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor".

que permite que cualquier persona pague en nombre del deudor (por supuesto, cuando no se trate de obligaciones *intuitu personae*).

Ahora bien, puede presentarse un pago exento de error sin que exista una obligación previa que solucionar. En ese caso tampoco hay un pago de lo no debido, pues no se presentan los dos requisitos esenciales para que haya pago de lo indebido. Si se prueba que no hubo error, el pago debe entenderse como una donación (en cuyo caso la obligación nacería y se estaría solucionando, por lo menos temporalmente, de manera simultánea). Eso es lo que se deriva, con razón, de lo dispuesto por el artículo 2317 del Código Civil colombiano.

En lo referente a la carga de la prueba, el artículo 2316[151] del Código Civil colombiano es muy claro y consagra lo que se deriva del sentido común. El demandante debe probar el pago y que no era debido. Por supuesto, el pago puede ser confesado por quien lo recibió, pero en ese caso, quien lo hizo aún tiene la carga de probar que no lo debía. Esta carga de la prueba es puramente teórica, pues en cuanto consiste en probar que no estaba obligado, la carga se satisface con su simple afirmación, caso en el cual al otro le corresponde probar que sí lo estaba. Se trata de una aplicación práctica de la forma en que opera la prueba de las negaciones indefinidas. Por el contrario, si quien recibió el pago lo niega, la prueba de que sí lo recibió comporta la de que no se debía.

Ahora bien, la consecuencia obvia del pago de lo no debido es el reembolso de lo pagado indebidamente[152]. Al respecto la ley introduce, en el artículo 2318 del Código Civil colombiano, una distinción justa. Si el que recibe obra de buena fe (es decir, creía que el pago era debido o quien hizo el pago lo hacía voluntariamente), debe restituir solamente aquello que no se le debía pero no los frutos ni intereses[153]. Así mismo, si el pago se trató de una cosa de cuerpo cierto, quien la recibió deberá restituirla en el estado que se encuentra. Quien la entregó debe asumir las pérdidas o deterioros de la cosa, incluso si aquellos

[151] C. C., art., 2316: "Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido. Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y probado, se presumirá indebido".

[152] Pagar consiste en cumplir la prestación debida. Por ende, consiste en dar, hacer o no hacer algo.

[153] C. C., art. 2318: "El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes".

fueron causados por la negligencia del receptor[154], salvo que lo hayan enriquecido (C. C., art. 2319).

Por el contrario, si quien recibe el pago obra de mala fe, debe reembolsar y pagar los intereses comunes y es responsable de los deterioros de la cosa, como si fuera un poseedor de mala fe.

Así mismo, según lo dispuesto por el artículo 2320 del Código Civil colombiano, si quien recibe la cosa de buena fe la vende[155], solo debe restituir el precio que recibió por ella y, si el comprador no ha pagado la totalidad del precio, debe cederle las acciones en contra del comprador a quien hizo el pago indebido.

Por su parte, si quien vende la cosa la había recibido de mala fe, quedará obligado "como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer"; es decir, además del precio recibido, debe la indemnización de los perjuicios causados.

Hasta aquí bien podría concluirse que el pago de no lo no debido tiene un carácter unilateral; solo crea obligaciones para quien recibe el pago. Sin embargo, y como bien afirman Simler, Terré y Lequette[156], el pago de lo no debido tiene un carácter sinalagmático imperfecto, pues puede en algunos casos crear obligaciones para quien hace el pago. Son eventuales y accesorias, pero deben considerarse: si quien recibió el pago de una cosa corporal realizó gastos útiles o necesarios para su conservación, quien hizo el pago está obligado a restituidos[157].

Otro caso en el cual el receptor puede liberarse de su obligación de restituir ocurre con la figura que los franceses[158] llaman "causal de indignidad" y que está dispuesta en el artículo 1525[159] del Código Civil colombiano. Esta es aplicable en los casos cuando busca repetirse el pago que adolece de una causa u objeto ilícito.

[154] C. C., art. 2319: "El que ha recibido de buena fe no es responsable de los deterioros o pérdidas de la especie que se le dio en el falso concepto de debérsele, aunque hayan sobrevenido por negligencia suya; salvo en cuanto le hayan hecho más rico".

[155] C. C., art 2320: "El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, es solo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente. Si estaba de mala fe cuando hizo la venta, es obligado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer".

[156] Terré, Simler y Lequette, *op. cit.,* pág. 737.

[157] C. C., arts. 965 y 966.

[158] Es la llamada causal de indignidad. Terré, Simler y Lequette, *op. cit.,* pág. 739.

[159] C. C., art. 1525: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

C) *Comunidad*

Hay comunidad[160] cuando dos personas o más tienen derechos sobre la misma cosa universal o singular[161] sin que se haya celebrado un contrato para regular esa situación[162]. Un ejemplo recurrente se presenta cuando, por el fallecimiento del causante, dos o más herederos reciben la propiedad de un bien o tienen derechos de herencia sobre una universalidad. Cuando el derecho en común de que se trata es el de propiedad, la comunidad se llama copropiedad.

La institución tuvo su origen en Roma, donde se distinguió comunidad voluntaria de comunidad incidental o *communio incidens*[163]. Sin embargo, en el derecho romano clásico la comunidad no admitía que los comuneros tuvieran un derecho alícuota sobre la cosa, sino que los actos se celebraban *in solidum,* a diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho[164]. Luego, fue el derecho francés el que adoptó la posibilidad de celebrar actos jurídicos en beneficio de la comunidad con el fundamento de que la cosa era susceptible de dividirse en cuotas. Por el contrario, el derecho alemán mantuvo la noción romana: los actos de la comunidad se celebran *in solidum*.

El derecho colombiano recogió la comunidad romana, según la cual tiene una cuota no identificable sobre la totalidad del bien común. Así, el comunero es propietario exclusivo de su cuota y puede disponer de ella. Por su parte, en la comunidad germana o de manos recogidas, "se tiene derecho a la totalidad de la cosa, ya que en su integridad pertenece a todos colectivamente [...]. La disponibilidad del todo o de una parte siempre tiene que surgir de un acuerdo total, es decir, que los comuneros tienen a la hora de la verdad un derecho de disposición en el momento de la liquidación final de la comunidad"[165]. Por último, en la comunidad dividida o prodiviso, todos los comuneros tienen

[160] C. C., art. 2322: "La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato".

[161] RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones,* vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 153.

[162] C. S. de J., Sala de Negocios Generales, cas. civ., 24 de septiembre 1946.

[163] JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones,* Barcelona, Ariel, 1993.

[164] La comunidad era concebida por los romanos como una institución provisional y transitoria.

[165] LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes,* 9ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2004, págs. 202-203.

derecho a la cosa común pero el contenido del derecho se divide entre ellos. Por ejemplo, un comunero puede explotar el bien de una forma y otro puede gozar de él de otra.

Ahora bien, la comunidad es un cuasicontrato porque es una situación de hecho en la cual no media la voluntad de los agentes intervinientes, y las relaciones obligatorias que se generan se derivan de lo dispuesto por la ley (C. C., arts. 2322 a 2340).

Es, en efecto, la ley la que determina los derechos que tienen los comuneros sobre el bien común. Al respecto, el artículo 2223 del Código Civil colombiano dispone que los comuneros tienen sobre la cosa común los mismos derechos que los socios en el haber social.

Se trata de una norma que pretende ser ilustrativa pero que incurre en un error claro. Los comuneros tienen sobre la cosa común derechos iguales sobre el bien (que pueden ser de propiedad o de copropiedad) y, por tanto, en el caso de la copropiedad, respecto de la totalidad de la cosa son propietarios de una cuota o parte proporcional de ella. Los socios, respecto del haber social, no tienen derechos de propiedad. Ese derecho sobre el haber social lo tiene la sociedad, persona distinta de los socios. Los socios tienen derechos de propiedad sobre las partes de interés, cuotas o acciones que representan el capital social, según el tipo societario de que se trate.

Por su parte, si un comunero contrae obligaciones en beneficio de la comunidad, el único que contrae la obligación es ese comunero. Los demás comuneros no se obligan, ni por una parte ni por la totalidad de la obligación. El acreedor de esa obligación no tiene acción contra los comuneros para obtener su pago. Por su parte, el comunero obligado sí tiene acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado. De lo contrario, se configuraría un enriquecimiento sin causa para los otros comuneros.

De esta manera, "la comunidad se convierte en deudora y el comunero que ha hecho la gestión, en acreedor. No ha existido contrato, pero todo ocurre como si se hubiera concluido uno". En la comunidad sobre cosa universal todos los comuneros contraen obligaciones sobre la cosa común. "Cuando la deuda se contrajo en interés de la comunidad —señala la Corte Suprema de Justicia—, podrá el comunero pedir el reembolso de lo que pagó por la comunidad".

La ley[166], apoyada en el principio de equidad, indica que los comuneros son obligados respecto de la comunidad, solo en razón de lo que

[166] C. C., art. 2326: "Cada comunero debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios

sacan de provecho de ella. Para afianzar este supuesto, cada comunero tiene sobre la cosa común una cuota.

Sobre esta cuota se fijan las obligaciones que tienen hacia la comunidad y, así mismo, los frutos y rendimientos de aquella.

Frente a la administración de la comunidad, pueden presentarse diversas situaciones. La ley no regula el punto. Por tanto, debería acudirse a la ley de mayorías, de tal manera que la mayoría de los comuneros (o los que representen el porcentaje mayor) tomaran las decisiones. También puede ocurrir que los comuneros decidan nombrar un administrador (este puede ser uno de los comuneros o un tercero) o una junta general e incluso aprobar un reglamento para el mejor funcionamiento de la comunidad.

Por otra parte, en la medida que se trata de una relación de hecho, la existencia de la comunidad depende de la cosa universal o común sobre la cual versa. Si la cosa se destruye o cesa de existir, la comunidad, necesariamente, como accesoria a la cosa, debe también terminar. Pero esta no es la única forma de terminarla. El ordenamiento civil colombiano prevé que la comunidad puede terminar también por la confusión, esto es, por la reunión de las cuotas en cabeza de una misma persona.

Finalmente, con fundamento en el principio de que nadie está obligado a vivir en comunidad, cualquiera de los comuneros puede vender su cuota libremente o demandar la división de la cosa común mediante sentencia judicial[167]. Esta acción de partición da origen al proceso

---

particulares, y es responsable hasta la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes". C. C., art. 2327: "Cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota". C. C., art. 2328: "Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas". C. C., art. 2329: "En las prestaciones a que son obligados ente sí los comuneros, la cuota del insolvente gravará a los otros".

[167] C. C., art. 2338: "Cuando haya de dividirse un terreno común, el juez hará avaluarlo por peritos, y el valor total se distribuirá entre todos los interesados en proporción de sus derechos; verificado lo cual, se procederá a adjudicar a cada interesado una porción de terreno del valor que le hubiere correspondido, observándose las reglas siguientes: 1ª. El valor de cada suerte de terreno se calculará por su utilidad y no por su extensión; no habiendo, por tanto, necesidad de ocurrir a la mensura, sino cuando esta pueda servir de dato para calcular mejor el valor. 2ª. Si hay habitaciones, labores u otras mejoras hechas en particular por alguno de los comuneros, se procurará, en cuanto sea posible, adjudicar a estos las porciones en que se hallen las habitaciones, labores o mejoras que les pertenezcan, sin subdividir la porción de cada uno. 3ª. Si algunos de los comuneros pidieren se les adjudiquen las suertes en un solo globo, así se verificará. 4ª. Si los interesados no han consignado antes de empezarse el repartimiento la cuota que les corresponda para cubrir los gastos presupuestos para la operación, se deducirá dicha cuota de las suertes respectivas y se separará una porción de terreno equivalente para el expresado gasto".

divisorio. La acción de partición es declarativa y retroactiva porque declara un derecho preexistente (el de propiedad o el derecho real que correspondiera sobre la unidad surgida de la división), y la declaración se hace en favor del comunero desde que nació la comunidad y no desde que se hizo la división.

4. Conclusión

Con fundamento en todo lo anterior, puede afirmarse que la voluntad expresada unilateralmente es una fuente de obligaciones muy discutible.

En efecto, a pesar de que el Código Civil colombiano indica que las obligaciones nacen del hecho voluntario de la persona que se obliga, un análisis detallado de esta fuente de las obligaciones conduce a la conclusión de que, en muchas ocasiones, la verdadera fuente de las obligaciones no es la voluntad unilateral.

En efecto, en varios casos en que la voluntad se dirige a crear efectos jurídicos, no es del acto jurídico unilateral del que surgen las obligaciones, sino de un acto jurídico bilateral previo o posterior al acto unilateral, como cuando este simplemente le da firmeza con su ratificación o su reconocimiento o como cuando se forma el acto bilateral en virtud de la aceptación de la oferta.

Además, en los casos en que el acto jurídico unilateral sí es fuente de obligaciones, la que nace no es una obligación con un contenido determinante, pues consiste, simplemente, en no revocar la oferta para celebrar un negocio jurídico. En este caso, de celebrarse el negocio jurídico, en virtud de la aceptación de la oferta (otro acto jurídico unilateral), es el negocio jurídico, acto bilateral, la fuente de las obligaciones con contenido determinante.

En el caso de los cuasicontratos, hechos voluntarios a los que la ley les atribuye unos efectos jurídicos que pueden consistir en obligaciones para quien obra (en el caso de la agencia oficiosa), para quien paga (en el caso del pago de lo no debido) o para los comuneros y, en algunos casos, también para el interesado en la agencia o para quien recibe el pago, es discutible, por lo menos, si es esa voluntad, cuando ella existe, la que crea las obligaciones o es la ley la que las configura.

Por supuesto, siempre existe el argumento de que, llevando todos los análisis a cierto punto, la ley termina siendo la única fuente de las obligaciones. Por ello, según ese argumento, también las obligaciones

derivadas de contratos tendrían a la ley como su fuente última, pues sería esta la que dotaría de obligatoriedad a los acuerdos de las partes.

Sin embargo, no parece muy convincente este argumento, que conduciría a atribuirles a los cuasicontratos entidad de verdadera fuente de las obligaciones. En efecto, mientras en el caso de los contratos, son las partes las que determinan la prestación, los sujetos y las modalidades de la obligación (es decir, todo lo referente a la obligación), en el caso de los cuasicontratos, los involucrados no determinan el contenido de las obligaciones que surgen de su obrar o de la situación en la que se encuentran.

En efecto, quien obra como agente, quien paga por error una obligación que no tiene, quien en común ejerce sobre una misma cosa un derecho real, no quiso estar obligado ni determinó el contenido de la obligación, sus sujetos o sus modalidades. Fue la ley la que lo hizo.

Desde ese punto de vista, la situación de esas personas es la misma que la del neonato o su padre, a los que, en virtud de circunstancias en que por supuesto también la voluntad tiene participación, la ley les atribuye derechos y obligaciones.

Todo lo anterior conduce a preguntarse por la veracidad de las fuentes clásicas de las obligaciones y la necesidad de repensarlas detenidamente. Es una labor que debe hacerse con el mayor espíritu crítico.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) *Libros*

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ: *Las obligaciones,* vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *El reconocimiento de la filiación natural,* vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954.

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA MANUEL y VODANOVICH, ANTONIO: "De las obligaciones en general y sus diversas clases", en *Tratado de las obligaciones,* vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

ANGARITA GÓMEZ, JORGE: *Derecho civil,* vol. II, Bogotá, Edit. Temis.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO: *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil,* Bogotá, Legis, 2012.

BARRERA TAPIAS, CARLOS DARÍO: *Las obligaciones en el derecho moderno,* Bogotá, Edit. Temis, 2004.

BETTI, EMILIO: *Teoría general de las obligaciones,* vol. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.

Bonnecase, Julien: *Elementos de derecho civil,* vol. i, Puebla, José M. Cajica, 1945.

Carbonnier, Jean: "Les obligations", en *Droit civil,* vol. iv, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

—: *La famille,* vol. ii, Paris, Presses Universitaires de France, 1955.

Carriota Ferrara, Luigi: *El negocio jurídico,* Madrid, Aguilar, 1956.

Carrizosa Pardo, Hernando: *Sucesiones y donaciones,* Bogotá, Ediciones Lerner, 1966.

Colin, Ambroise y Capitant, Henri: *Curso elemental de derecho civil,* vol. vii, Madrid, Reus, 1942.

Cubides Camacho, Jorge: *Obligaciones,* Bogotá, Ibáñez, 2012.

De Coulanges, Fustel: *La ciudad antigua,* Bogotá, Panamericana, 2010.

De Gasperi, Luis: *Derecho hereditario,* vol. iii, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953.

Díez-Picazo, Luis: *Sistema de derecho civil,* vols. i-iii, Madrid, Tecnos, 1985.

Garibotto, Juan Carlos: *Teoría general del acto jurídico,* Buenos Aires, Depalma, 1991.

Ghestin, Jacques: *Traité de droit civil,* vol. ii, Paris, Garnier Fréres, 1988.

Gil Echeverry, Jorge Hernán: *Régimen arbitral colombiano,* Bogotá, Ibáñez, 2013.

González Briceño, Álvaro Andrés: "El daño o perjuicio", en *Derecho de las obligaciones,* Bogotá, Universidad de los Andes.

Iglesias, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones,* Barcelona, Ariel, 1993.

Kipp, Theoedor y Kipp, Wolf: *Derecho de obligaciones,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1966.

Leclerq, Jacques: *La familia,* Barcelona, Herder, 1962.

Mazeaud, Henri y De Juglart, Michel: *Leçons de droit civil,* vol. ii, Paris, Éditions Montchrestien, 1973.

Messineo, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial,* vol. vi, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

Ospina Fernández, Guillermo: *El régimen general de las obligaciones,* Bogotá, Edit. Temis, 1987.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* Bogotá, Edit. Temis.

Pérez Vives, Álvaro: *Teoría general de las obligaciones*, vols. i-iii, Bogotá, Edit. Temis, 1954.

PLANIOL, MARCEL; RIPERT, Georges y ESMEIN, PAUL: *Traité théorique et practique de droit civil français,* vol. VI, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1926.

POTHIER, ROBERT: *Tratado de las obligacione*s, Buenos Aires, Eliasta, 1978.

ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL: *Derecho de familia*, Sevilla, Impr. Suarez 1949.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: *Derecho de familia,* Santiago de Chile, Nascimento, 1946.

SUÁREZ FRANCO, ROBERTO: *Derecho de familia,* vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 2001.

SUESCÚN MELO, JORGE: *Derecho privado.* Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, 2ª ed., vol. II, Bogotá, Legis, 2003.

TAMAYO LOMBANA, ALBERTO: "La responsabilidad civil fuente de las obligaciones", en *Manual de obligaciones,* vol. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1998.

TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE y LEQUETTE YVES: *Droit civil. Les obligations,* Paris, Dalloz, 1993.

VALENCIA ZEA, ARTURO y ORTIZ MONSALVE ÁLVARO: *Derecho civil. De las obligaciones,* Bogotá, Edit. Temis, 2004.

VÉLEZ, FERNANDO: *Estudio sobre derecho civil colombiano,* Medellín, Imprenta del Departamento, 1898.

VON TUHR, ANDREAS: *Tratado de las obligaciones,* ts. I y II, Madrid, Reus, 1934.

B) *Jurisprudencia*

a) *Oferta*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 mayo 1969, M. P. Flavio Cabrera Dussán.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 8 marzo 1998, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

b) *Testamento*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 30 agosto 1923.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 julio 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos.

c) *Ratificación*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 abril 1995, exp. 4193, M. P. Héctor Marín Naranjo.

d) *Reconocimiento del hijo natural*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 diciembre 1946.

Corte Const., sent. T-1229 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 abril 2003, exp. núm. 6657, M. P. César Julio Valencia Copete.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 octubre 2000, M. P. Manuel Ardila Velásquez, exp.: 5639.

Corte Const., sent. T-106 de 1996, Sala Quinta de Revisión, exp. T-85549.

Corte Const., sent. T-191 de 1995.

e) *Agencia oficiosa*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 abril 1995, exp. 4193.

M. P. Dr. Héctor Marín Naranjo, Corte Constitucional, sent. T-378 de 2006.

Corte Const., sent. T-301 de 2003.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 26 abril 1995, expediente 4193, M. P. Héctor Marín Naranjo.

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Camilo Arciniegas Andrade, sent. de 30 abril 2003, rad. 11001-03-24-000-2001-00063-01(6866).

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sent. de 28 abril 2005, rad. 11001-03-24-000-2001-00367-01, C. P. Camilo Arciniegas Andrade.

Corte Const., sent. T-378 de 2006.

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sent. de 5 agosto 1996, rad. 7712, C. P. Germán Ayala Mantilla.

f) *Pago de lo no debido*

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 2003, exp. 7351, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 noviembre 1991, exp. 235, M. P. Rafael Romero Sierra.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 noviembre 1991, exp. 235, M. P. Rafael Romero Sierra.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 23 abril 2003, exp. 7351, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sent. de 26 febrero 2004, rad. 25000-23-27-000-2000-0540-01(13128), C. P. Germán Ayala Mantilla.

g) *Comunidad*

C. S. de J., Sala de Negocios Generales, Casación Civil, sent. de 24 septiembre 1946.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 noviembre 1996, exp. 4721, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

Capítulo XI

Enriquecimiento sin causa

Yolima Prada Márquez*

1. Introducción

La figura del enriquecimiento sin causa es, según algunos, tan milenaria como el derecho mismo, constituyéndose así en uno de sus pilares; incluso, en sentir de otros un poco más exégetas, no solo es un principio fundamental de derecho, sino también de justicia y equidad. Ahondar la diferenciación de esos tres ámbitos escapa a los propósitos de este breve estudio; simplemente se busca indagar los orígenes de la figura, ya que a pesar de su longevidad en la historia, en el campo positivo todavía no ha sido reconocido expresamente por muchos ordenamientos, como sucede en nuestro Código Civil, ya que, entre nosotros, su reconocimiento legislativo aparece por primera vez con la expedición del Código de Comercio.

Otro objetivo que nos proponemos, es el de identificar los elementos que constituyen esta importante figura jurídica, porque la doctrina y la jurisprudencia, que han sido las encargadas de dinamizarla y enriquecerla, también le han atribuido otras condiciones que, a nuestro juicio, resultan externas y accesorias, pero no esenciales para su configuración, como se expondrá más adelante. También se analizará la naturaleza de la *actio in rem verso,* la finalidad que se persigue con su aplicación, y sus efectos, entre otros aspectos.

Para complementar la exposición, se señalarán los principales pronunciamientos de la jurisprudencia de las altas cortes que han contribuido a perfilar la figura y a esclarecer la abundante casuística que se presenta sobre el particular, para terminar con unas reflexiones

* Abogada de la Universidad Javeriana, especialista en derecho comercial de la Universidad de los Andes y profesora de ambas universidades en Derecho Civil, Comercial y de Propiedad Intelectual.

personales expresadas algunas, en forma de preguntas, otras, como críticas constructivas, y, las restantes, como conclusiones inferidas del análisis realizado.

Se advierte que nunca se ha buscado agotar el tema; simplemente se pretende recoger las principales tesis que se han esbozado, exponer nuestra posición frente a ellas y adelantar algunas premisas para facilitar la interpretación y aplicación de esta figura, con el propósito de que otros más estudiosos y conocedores de la materia cuenten con una plataforma a partir de la cual puedan proyectar y sustentar nuevas e ingeniosas investigaciones para enriquecer la actividad jurídica, no solo como ciencia, sino como instrumento de mediación, composición, creación, prevención, corrección y reparación de la vida social, bajo la orientación de principios como la *buena fe* y la *equidad*.

2. NOCIÓN

Aunque es costumbre tratar de hacer un listado de las diferentes definiciones sobre el concepto que se analiza, las cuales resultan tan variadas como los autores consultados, vamos a resistirnos a esa tentación para tratar de aproximarnos al concepto, valiéndonos de descripciones que le permitan al lector deducir la noción buscada, desde diferentes ángulos, con objeto de lograr una visión integral del concepto. Así pues, encontramos lo siguiente.

A) *Visión filosófico-ontológica*

Entendiendo a la filosofía como el arte de pensar, de reflexionar, de volver sobre nosotros, sobre las causas y los principios, entonces, una aproximación desde esta ciencia al concepto en estudio nos ayudará a dilucidar cuál es la naturaleza o el ser propio de la figura del enriquecimiento sin causa, para así responder a preguntas como: ¿su origen es connatural al derecho o a la justicia, o a ambos? ¿Puede existir justicia si se prohíja esta clase de conductas?.

Consideramos que en un Estado social de derecho como el nuestro, el enriquecimiento sin causa no necesita consagración positiva para su existencia, ya que su razón de ser se deriva del concepto mismo de la equidad, entendida como "darle a cada quien lo que le corresponde". Es una noción que corresponde al derecho natural, la cual puede o no ser recogida por el derecho positivo, sin que por ello pierda su vigencia ni su fuerza.

B) *Visión teleológico-hermenéutica*

Otra forma de acercarnos a la noción buscada es por medio de la finalidad que se persigue con la figura, y así facilitar la interpretación para su debida aplicación; en consecuencia, cabría preguntarnos: ¿es el enriquecimiento sin causa un mecanismo de responsabilidad, de naturaleza indemnizatoria? Como se analizará en los siguientes párrafos, nos inclinamos por considerar que la finalidad de este principio es netamente restitutoria o de reembolso, más que de reparación o resarcimiento pleno; entendida así la noción, se comprenderá por qué la cuantía de la *actio in rem verso* debe ser la resultante del menor valor, bien sea del enriquecido o del empobrecido, como se explicará en su oportunidad. Sin embargo, en opinión de algunos estudiosos como el profesor Édgar Ramírez Baquero, el sustento de la figura es la obligación de volver las cosas a su estado anterior. Por ello no están de acuerdo con ese límite del menor valor, sino que proponen realizar la tasación sin tener en cuenta ninguno de los dos extremos, apoyándose en el valor de reposición o de "relevo". Esta posición es respetable pero no la compartimos porque se estaría desconociendo no solo la naturaleza jurídica de la figura, sino la razón por la cual se instituyó este importante principio rector, a saber: no prohijar el aprovechamiento de un beneficio económico generado por otro, quien fue el que lo creó o soportó. En otras palabras y planteado desde una visión positiva: solo debe favorecerse el patrimonio que originó o costeó el beneficio; cualquier otro deberá pagar por ello.

C) *Visión jurídica*

Sin perjuicio de la breve reseña histórica de la evolución de esta figura que se indicará a continuación, el derecho ha recocido al enriquecimiento sin causa de diferentes maneras, según el contexto histórico-cultural y socioeconómico en el que se aborde; así, se ha considerado como:

a) *Sanción*. Entendida como la consecuencia positiva o negativa correspondiente. Por ende, en el derecho romano surge para corregir inequidades que el formalismo del derecho civil no podía a veces regular. Entonces, así comprendida, tendría un carácter posterior de corrección, no de prevención ni de composición; no sería una guía orientadora, sino una herramienta para contrarrestar un desequilibrio causado.

b) *Fuente de obligaciones*. Con fundamento en la clasificación clásica de las fuentes (entendidas como origen próximo) de las obligaciones,

instituida por el maestro JOSSERAND, estas se dividen en dos especies, a saber: voluntarias e involuntarias. Dentro de estas últimas encontramos —utilizando la terminología sugerida por el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO— el hecho imputable dañoso, el hecho con virtualidad para obligar, el enriquecimiento sin causa y la ley. Cabe señalar que esta clasificación es doctrinaria y jurisprudencial, mas no legal. Desde esta perspectiva, la noción de sanción pasaría a segundo plano, ya que ahora se instituiría en la causa para exigir determinada obligación, constituyendo un título jurídico del cual emanaría una facultad: un derecho subjetivo para exigir una restitución.

c) *Otros*. Además de considerar al enriquecimiento sin causa legítima fuente de obligaciones, constituye, en sí mismo considerado, un principio general de derecho, el cual, junto con la equidad, se erige como criterio auxiliar en la actividad judicial (Const. Pol., art. 230). En consecuencia, con este complemento, resultaría limitado entenderlo únicamente como fuente de obligaciones, sino que, además, debe ser tenido en cuenta como un faro orientador de comportamientos humanos, que el derecho debe prohijar, constituyéndose en un límite negativo: no enriquecerse injustamente; o, si se desea abordarlo con una visión positiva, sería la contrapartida de la aplicación concreta de la equidad, ya que si cada uno recibe lo que le corresponde, no habría enriquecimientos injustos.

D) *Visión económica*

Como acertadamente lo reitera el profesor RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN, citando a un empresario, todos se enriquecen a expensas de otro; en otras palabras: para que haya desplazamiento patrimonial se requieren, al menos, dos patrimonios y, por obvias razones, que pertenezcan a titulares diferentes. Luego —sin tener en cuenta una mirada crítica trascendente, de evolución y crecimiento personal, en la que solo podemos ser mejores gracias al otro y por el otro—; en términos económicos —de beneficio neto—, la única posibilidad de enriquecerse es a costa de los demás: de la naturaleza, del ambiente, del patrimonio de otros, de buenos negocios, de acertadas decisiones con contenido pecuniario, de oportunidad y eficiencia, entre otros aspectos; de ahí que, de acuerdo con el maestro RIPERT, "[...] lo que prohíbe la moral no es enriquecerse a expensas de otro, sino enriquecerse *injustamente* [...]"[1].

[1] GEORGES RIPERT, *Regla moral en las obligaciones,* Bogotá, Editorial la Gran Colombia, 1946, pág. 207.

El contenido económico de la *actio in rem verso* es absoluto, no se puede pedir nada diferente. Se trata únicamente de una obligación de *dar*, consistente en restituir en la menor cuantía ese desplazamiento patrimonial generado sin una causa jurídica legítima que lo haya justificado.

3. Origen y evolución. Derecho comparado

A) *Antecedentes más remotos*

No se conoce la existencia de una prueba concreta que sitúe la figura del enriquecimiento sin causa con anterioridad al derecho romano, lo cual no significa que en aquellos tiempos no se aplicara, ya que como se ha dicho, al ser un principio de derecho natural, lo más probable es que los hombres, al tener un mínimo de organización civil y al conocer la propiedad, tanto privada como comunitaria, hubiesen aplicado en sus relaciones la figura del enriquecimiento sin causa, al menos desde su concepción como sanción.

B) *En el derecho romano*

En opinión de algunos, la primera expresión de la figura en el derecho romano, es decir, "[...] su formulación concreta, sin embargo, no viene a ser hecha sino por el jurisconsulto romano Pomponius en los siguientes términos: «*Iure naturae equum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*» (Por derecho natural es de equidad que nadie puede hacerse más rico con detrimento o daño de otro) [...]"[2]. Por su parte, el profesor Francisco Tafur enseña en su libro que "[...] de creer a Sabinus, *los veteres* conocieron una acción tendente a evitar todo *habere ex injusta causa* y que la Ley Calpurnia contempló una sanción contra el enriquecimiento indebido, lo cual ha permitido conjeturar a los romanistas que existió la correspondiente acción en la época del *sacramentum* [...]"[3].

Sea de ello lo que fuere, la nota común es que en el derecho romano no existía un sistema unitario que regulara la figura de manera integral, sino que en forma dispersa fueron contemplando diferentes casos que

[2] Raimundo Emiliani Román, *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996, pág. 9.

[3] Francisco Tafur Morales, *La nueva jurisprudencia de la Corte,* Bogotá, Óptima, 1936, pág. 188.

se podían agrupar en la *condictio* y en la *actio in rem verso*, cada una con las variantes que a continuación se indican:

a) *La* "*condictio*". Se trataba de una acción personal para rectificar el enriquecimiento sin causa. Era de derecho abstracto y estricto; su contenido se aplicaba tanto para el ámbito contractual como para el extracontractual, pero siempre dentro de la noción de enriquecimiento *directo* (el desplazamiento patrimonial ocurre del empobrecido al enriquecido, sin mediar un tercer patrimonio). La *condictio* se clasificaba según el *objeto* y según la *causa*. De acuerdo con la primera, se dividía en: a) *condictio certae pecuniae,* b) *condictio certae rei* o *triticaria* y c) *condictio incerti*.

De acuerdo con la *causa*, la *condictio* comprendía las siguientes especies:

• La *condictio indebiti,* que era el equivalente al pago de lo no debido.

• La *condictio causa data causa non secuta,* la cual consistía en que la prestación se realizaba por razón de un fin que se esperaba que se diera, pero que en realidad nunca se daba.

• La *condictio ob turpem vel iniustam causan*. Se utilizaba cuando el desplazamiento patrimonial ocurría por un fin ilícito, inmoral.

• La *condictio sine causa*. Para aquellos casos en los cuales, desde el principio, nunca había causa.

• La *condictio lege*. Se aplicaba para aquellos créditos a los cuales no se les había consagrado la respectiva acción.

• La *condictio furtiva*. Se utilizaba para recuperar lo robado.

• La *condictio generalis*. Servía de "comodín" para aplicar en cualquier otro evento, donde el monto estaba determinado para efectos de su respectiva restitución.

Por su parte, la *actio in rem verso,* a su vez, tenía dos subespecies:

• *Adjectitiae qualitates*. Se daba en aquellos casos en los cuales el *pater familias* se beneficiaba con lo actuado por un *alienis iuris* (hijo o esclavo).

• *Actio in rem verso o de peculio*. Era una derivación de la anterior, pero más específica, pues cumplía con las condiciones señaladas y, además, se requería que la actuación del *alinei iuris* no fuera por mandato del *pater familias,* ni para los negocios de este.

• La *actio in rem verso utilis*. Estaba diseñada para el caso del desplazamiento patrimonial indirecto (cuando intervinía un tercer patrimonio),

dado que esta situación no se podía conjurar con las *condictio* y, por tanto, se necesitaba una acción en equidad. Este sería el caso, por ejemplo, de un socio que realizara un negocio jurídico con un tercero y como resultado la sociedad se enriqueciera pero aquel se empobreciera.

C) *En la Edad Media*

Siguiendo al profesor Tafur Morales, una consagración de este principio se encuentra en las Siete Partidas, en su regla xvii. Refiriéndose al *Digesto*, se señala: "E aun dixeron que ninguno non debe enriqueceser torticeramente con danno de otro". Después, con el influjo de la Iglesia católica, el principio llega incluso a tratar de confundirse con la prohibición de obtener cualquier clase de lucro, lo cual resulta equívoco, ya que lo que se censura no es el enriquecimiento en sí mismo, como dijimos, sino el que resulta sin justa causa.

D) *En el derecho moderno*

Con el influjo de Pothier, el enriquecimiento sin causa no fue regulado como un sistema autónomo, sino que la figura se acomodaba forzosamente a la idea de la gestión de negocios y, con esta modalidad, se pretendía subsanar los desequilibrios patrimoniales ocurridos. Luego, con Domat, se introdujo el concepto de la causa como un requisito intrínseco de los actos y negocios jurídicos, restando así toda posibilidad a las *condictio* y, en general, a las acciones de origen contractual. Con Aubry y Rau se logró disminuir el pensamiento de Pothier, para desligar la figura de la falsa gestión de negocios y volverla independiente. Por su parte, el Código Civil francés de 1804 tampoco consagró —siguiendo a Pothier y a Domat— un sistema armónico alrededor del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, de manera indirecta reconoció el principio, ya que prevé muchos casos "sueltos" en los que su razón se debe a la aplicación de que nadie se puede enriquecer injustamente. Tales casos son, entre otros: el pago de lo no debido, la agencia oficiosa, la accesión (para el tema de las relaciones patrimoniales), las relaciones entre el dueño y el poseedor o tenedor (para el tema de las restituciones) y el régimen de las recompensas, en la sociedad conyugal. Entonces, al no existir una regla general, fueron la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de perfilar las condiciones de este postulado.

En este estado, resultaría válido preguntarse: ante tanto matiz y casuística, ¿cuál es el real sustento de estas consagraciones particulares? La respuesta la encontramos sintéticamente resumida en el libro del

profesor TAFUR en los siguientes términos: "[...] Aunque todos los autores coinciden en colocar la noción genérica de equidad como fundamento último de la acción de enriquecimiento, sin embargo difieren en su fundamentación técnica inmediata. En forma esquemática podrían agruparse los distintos sistemas o teorías así: a) teoría exegética de la gestión de negocios; b) teoría patrimonial (ZACHARIE, AUBRY y RAU, BARTIN, DEMOGUE); c) teoría de la responsabilidad (el hecho ilícito de PLANIOL; el riesgo creado de RIPERT y TEISSEIRE; el beneficio de LOUBERS); d) teoría de la causa (la causa económica de LUCCA; la causa-equivalencia de MAURY; la contrapartida de ROUAST), y e) teoría de la equidad (STAMMLER, RIPERT, KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, ALMOSNINO, EMILIANI) [...]"[4].

Como se puede colegir, la jurisprudencia europea se debatió entre diferentes posturas, prevaleciendo la equidad sobre el radicalismo del derecho escrito y formándose así dos tendencias: 1) la primera, más prudente, le daba cabida al enriquecimiento sin causa siempre que tuviera una fuente legal (aunque fuera forzándola a casos como el de la gestión de negocios de manera anormal); 2) una más vanguardista, que recoge la figura como una derivación del derecho natural y la erige como fuente autónoma de obligaciones. Como ha de suponerse, la primera fue la que en sus comienzos tuvo más acogida; pero, posteriormente, la propia jurisprudencia comenzó a evidenciar la contradicción que existía al sostener la *actio gestorum negotiorum contraria*, para la gestión de negocios "anormal", ya que si era así, realmente no existía ninguna gestión de negocios. Por último, prevaleció la lógica y la coherencia sobre el positivismo y la exégesis, todo lo cual terminó con la sent. de BOUDIER (también conocida como la de los "abonos"), que es el primer pronunciamiento de la jurisprudencia que hasta ese momento se conoce, en el que expresamente se reconoce la figura del enriquecimiento sin causa de manera autónoma, como fuente de obligaciones, en los siguientes términos: "[...] Atendido que esta acción deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse en detrimento de otro y que no ha sido reglamentado por texto alguno de las leyes, su ejercicio no está sometido a ninguna condición determinada; que basta para hacerla viable que el demandante alegue y ofrezca establecer la existencia de una ventaja que por un sacrificio o hecho personal suyos haya procurado a aquel contra quien actúa [...]. El juicio atacado no ha hecho sino una exacta aplicación de los principios de la materia [...]"[5].

[4] TAFUR MORALES, *op. cit.,* págs. 192-193.

[5] EMILIANI ROMÁN, *op. cit.,* págs. 34 y 35.

Los fundamentos de hecho de la sentencia fueron: un comerciante le vendió unos abonos a un granjero que los utilizó para su cosecha, pero quedó debiendo su precio. A su vez, dicho granjero tenía un contrato de arriendo con el propietario del terreno, pero al pasar una difícil situación económica, entró en lo que hoy denominaríamos un proceso concursal, de manera que decidió pagarle al propietario con una parte de la cosecha a título de dación en pago: en ese momento, el comerciante entabló la demanda contra el propietario por enriquecimiento sin causa.

La sentencia referida marcó un hito en la historia, por las siguientes razones:

• Fue la primera vez que se consagró formalmente la figura del enriquecimiento sin causa de manera independiente a cualquier otra institución, como fuente autónoma de obligaciones.

• El único fundamento legal fue la equidad, derivado del derecho natural.

• Para su configuración *no* se exigieron condiciones o requisitos adicionales, salvo el desplazamiento patrimonial del empobrecido con el correlativo enriquecimiento del demandado, sin justa causa para ello.

• Se reconoció el enriquecimiento indirecto, ya que existía un tercer patrimonio, en este caso el del granjero, que mediaba entre los dos patrimonios correlacionados: el del comerciante empobrecido y el del propietario enriquecido.

Las críticas no faltaron —como suele ocurrir cuando se innova y se propone una alternativa diferente de la que se que se venía aplicando—. El cambio generó inseguridad, porque la mayoría de los seres, desde siempre, han preferido la comodidad de lo seguro, aunque no sea exacto o equitativo, a la incertidumbre de una solución más justa, pero con implicaciones muy variadas y sin soporte positivo, dado que en tal pronunciamiento no se delimitó su alcance ni se precisaron sus requisitos. Además, porque quizá —con razón— se desconocieron principios jurídicos como las reglas de los procesos concursales y las del contrato de arriendo, entre otras.

Con el correr de los años, algunas legislaciones expresamente consagraron la figura del enriquecimiento sin causa: el Código polaco, el libanés, el chino, el ruso, el alemán y el suizo, entre otros.

Dado lo expuesto, la pregunta de rigor que seguiría es: ¿qué pasó en Colombia? Nuestro Código Civil, réplica del chileno, gracias a la magistral labor del profesor Andrés Bello, que se apoyó principalmente en el Código francés y a semejanza de este, guardó silencio sobre la

consagración expresa de la figura, aunque adoptó la clasificación de las fuentes de las obligaciones propuesta por POTHIER, y de manera implícita y casuística, reconoció el enriquecimiento sin causa en casos como:

• La accesión de mueble a mueble, o de mueble a inmueble.

• El pago de lo no debido.

• La agencia oficiosa.

• Las relaciones entre poseedores para el tema de las prestaciones recíprocas.

• El régimen de las recompensas en la sociedad conyugal, entre otros.

En estos casos, *el denominador común es*: *la figura no se consagra de manera preventiva para prevalecer la relación conmutativa preexistente*, *sino de forma represiva*, *rectificando la ruptura del equilibrio económico*. Por su parte, nuestra Corte Suprema de Justicia, desde 1934 comienza a construir todo un sistema alrededor del enriquecimiento sin causa, apoyándose en algunos artículos del propio Código Civil y de la ley 153 de 1887, todo lo cual se analizará en el acápite reservado a la jurisprudencia y su evolución.

Como complemento, nuestro Código de Comercio expresamente consagró la figura en el artículo 831: "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro", y en el inciso 3º del artículo 882: "[...] Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año". Sobre esta última —y teniendo en cuenta que el tema será tratado en profundidad y con mayor autoridad por el respetado y muy estimado profesor NELSON REMOLINA en otro capítulo de esta obra colectiva—, solo vamos a indicar que en nuestro sentir no se trata de un apéndice de la acción cambiaria originada por los cortos términos de la caducidad, sino de una forma especial de la *actio in rem verso,* ya que aunque la caducidad está prevista para efectos de la seguridad jurídica y de la agilidad en el tráfico y como consecuencia de la circulación de los títulos valores, tales principios no podrían replicarse frente al negocio causal, en el cual debe prevalecer un concepto de justicia conmutativa.

Finalmente, nuestra Constitución, en el artículo 230, consagró como criterio auxiliar de la actividad judicial, entre otros, la equidad (fundamento último del enriquecimiento sin causa) y los principios generales del derecho. *Luego*, *en nuestra opinión*, *se trata de un principio general de derecho que tiene manifestaciones expresas que se ven reflejadas*

en algunos eventos o casuísticas recogidas por el legislador, *pero que en ningún momento pretenden agotar o comprender por completo la figura,* tal como se argumentará en renglones posteriores.

4. Naturaleza jurídica y características

A continuación se analizará la figura del enriquecimiento sin causa de acuerdo con nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, para dilucidar su naturaleza, sus elementos o condiciones y sus efectos e implicaciones dentro de los ámbitos jurídico y económico de las relaciones patrimoniales.

A) *Como un principio general del derecho*

Como ya se indicó, concebimos al enriquecimiento sin causa o, mejor aún, entendemos que *no prohijar el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho*, *que forma parte del derecho natural*. Siguiendo a Ripert, es un "deber moral" que resulta perfectamente aplicable a cualquier relación jurídica, *no solo como postulado rector*, *sino como expresión concreta de la equidad*, *la cual es esencial en un Estado social de derecho como el nuestro* (Const. Pol., arts. 1º y 230). Así las cosas, su reconocimiento, además de tener efectos represivos para restituir y rectificar el equilibrio económico vulnerado, constituye un pilar orientador de las actuaciones, que propende a respetar la finalidad económica y social de cada acto y negocio jurídico, al igual que lo "natural" a ellos, que no es otra cosa que un reflejo del interés —o en términos anglosajones, de la legítima expectativa— que cada parte persigue en un negocio, constituyéndose de nuevo en una expresión concreta de la equidad que debe reinar en cualquier actuación humana.

El fundamento legal para sostener la afirmación anterior se encuentra en la ley 153 de 1887, entre otras, en los artículos 5º: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes [...]"; 8º: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" y 48º: "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

B) *Como fuente de obligaciones*

Sin perjuicio de lo expuesto y en adición a lo esbozado, desde esta perspectiva también consideramos al enriquecimiento sin causa una de las fuentes no voluntarias generadora de obligaciones. Así, resulta aplicable ya no solo a las relaciones contractuales, sino también a cualquier actuación o hecho humano que pueda dar lugar a su reconocimiento.

Incluso, de manera desafortunada, algunos han sostenido que la figura del enriquecimiento sin causa no podría ser predicable en las relaciones contractuales, puesto que, en su parecer, ello sería contradictorio, porque justamente al existir un negocio jurídico que vincula a las partes ya se tendría la causa que se echa de menos. Consideramos tal aseveración inapropiada, pues desconoce la realidad que origina la aplicación de esta figura, ya que en muchas oportunidades, tal como sucedió en el primer reconocimiento jurisprudencial anteriormente referido, la inequidad puede surgir como consecuencia no querida, desviada o paralela a la relación jurídica existente entre los interesados, de tal manera que el contrato que los ampara no alcanzaría a servir de soporte legítimo y suficiente para cohonestar tal situación.

Como ya se había anotado, este reconocimiento de fuente de obligaciones se debe al trabajo conjunto tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Sin embargo, existen casos positivos consagrados en nuestra legislación civil que no son otra cosa que un reconocimiento implícito del enriquecimiento como fuente, sustento para exigir la respectiva obligación. A manera de ilustración, traemos los siguientes eventos extraídos del Código Civil, que resultan como derivaciones de ese principio general y que, solo gracias a él, encuentran su soporte jurídico:

• Artículo 738: "Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud. Si por su parte no hubo justa causa de error, será obligado al resarcimiento de perjuicios, y si ha procedido a sabiendas, quedará también sujeto a la acción criminal competente; pero si el dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que se hacía de ellos, solo habrá lugar a la disposición de este artículo. La misma regla se aplica al que planta o siembra en suelo propio vegetales o semillas ajenas. Mientras los materiales no están incorporados en la construcción o los vegetales arraigados en el suelo, podrá reclamarlos el dueño".

Este artículo no solo ejemplariza la consagración positiva de un evento de enriquecimiento sin causa, sino que claramente lo diferencia de otras figuras y consecuencias jurídicas, como la acción indemnizatoria por efectos del régimen de responsabilidad o la acción penal cuando se llegare a configurar un hecho ilícito.

• Artículo 739: "El dueño del terreno en que otra persona, sin su consentimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena fe en el título *De la reivindicación,* o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

"Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

• Artículo 961: "Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo fijado por la ley o por el juez, de acuerdo con ella; y si la cosa fue secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación, y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse".

• Artículo 1515: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

"En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo".

• Artículo 1747: "Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.

"Se entenderá haberse hecho esta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ella le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas".

• Artículo 2243: "Este contrato no puede tener pleno efecto sino entre personas capaces de contratar.

"Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal.

"Y si no lo fuere el depositario, el depositante tendrá solo acción para reclamar la cosa depositada, mientras está en poder del depositario, y a falta de esta circunstancia, tendrá solo acción personal contra el depositario hasta concurrencia de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico, quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores, y sin perjuicio de las penas que las leyes impongan al depositario en caso de dolo".

• Artículo 2309: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado.

"El juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo".

• Artículo 2310: "El que creyendo hacer su propio negocio hace el de otra persona, tiene derecho para ser reembolsado hasta concurrencia de la utilidad efectiva que hubiere resultado a dicha persona, y que existiere al tiempo de la demanda".

• Artículo 2343: "Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

"El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado".

Cabe poner de resalto que en todos estos casos la falta de causa que implicó el desplazamiento patrimonial surge como consecuencia de un hecho no jurídico. Es decir, aunque en algunos casos existiera un supuesto título o causa próxima, no es suficiente para sustentar el desplazamiento ocurrido, entre otras razones, porque *no* tiene su origen en él, sino es externo a la relación en que las partes se encuentran. Esta apreciación nos ayudará a entender cuáles son los verdaderos elementos que configuran el enriquecimiento sin causa y cuáles son sus alcances, ya que de lo contrario quedaría nugatoria la concepción de esta figura, al sostenerse una posición exegética o rigurosa según la cual basta con que haya un título, aunque sea remoto para entender que sí existe justa

causa para el desplazamiento. Tal afirmación sería inequitativa e ilegítima, ya que no solo se deben analizar los orígenes remotos, sino los próximos; no solo el supuesto contrato, sino sus prestaciones y cómo se ejecutaron, *porque los títulos no pueden extenderse de tal manera que se conviertan en patentes de corso para inequidades*.

C) *Elementos constitutivos*

Tradicionalmente tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional han perfilado alrededor de seis condiciones o elementos para configurar el enriquecimiento sin causa, a saber: 1) un enriquecimiento, 2) un empobrecimiento, 3) una relación causal entre los dos anteriores, 4) la ausencia de causa jurídica, 5) la inexistencia de otra acción o subsidiariedad de la actio in rem verso y 6) observancia a la ley imperativa sin que haya fraude a la ley.

No obstante lo expuesto, consideramos que *esencialmente* solo son tres los requisitos para constituir la figura y que los demás son limitaciones accesorias externas que no se compadecen con su naturaleza; por ello proponemos el siguiente análisis:

a) *Enriquecimiento patrimonial*. Es el primer elemento y, como ya se advirtió, no se cuestiona el enriquecimiento en sí mismo considerado, ni que sea a costa de otro —ya que normalmente así sucede—; entonces ¿qué se debe entender por enriquecimiento para estos propósitos? El que cumpla con las siguientes características y condiciones:

• Un desplazamiento de un valor patrimonial en favor o en beneficio de otro patrimonio.

• Ese beneficio puede representarse en un mayor valor del activo o en un menor del pasivo; en otras palabras: puede ser tanto positivo como negativo.

• No solo se materializa en bienes tangibles, sino también en intangibles como usos, servicios ajenos o, más recientemente, en información y demás aplicaciones derivadas de la propiedad intelectual.

• No debe tratarse de meras expectativas, sino de un ingreso efectivo.

• Debe tener efectos económicos apreciables en dinero y no puede ser de contenido extrapatrimonial, como el espiritual, afectivo o meramente cognitivo. Sin embargo, según Bouché-Leclerque, el enriquecimiento moral también podría servir de fundamento para el ejercicio de la *actio in rem verso*. *El problema práctico de esta tesis es que al final todo se traduce en la posibilidad de restituir un valor*, *no de indemnizar*, *ya que, se reitera, no configura una acción de responsabilidad*.

• De acuerdo con DEMOGUE, se trata de un enriquecimiento *neto* y no bruto, para que represente efectivamente una ventaja patrimonial.

• El enriquecimiento puede ser *directo* (si la relación es entre el patrimonio del enriquecido con el patrimonio del empobrecido) como el caso del pago de lo no debido o la accesión; o *indirecto* (cuando media un tercer patrimonio) como el caso de la sent. de BOUDIER, o el famoso caso en el que un padre contrata a un instructor para que se encargue de la formación física y mental de su hijo, pero al caer el padre en bancarrota el instructor asume todo lo relativo a la manutención del estudiante y cuando se hace mayor, lo demanda por el beneficio recibido a su costa. En este caso el patrimonio empobrecido es el del instructor, el enriquecido es el del hijo y el que medió fue el patrimonio del padre.

• Es usual leer que la causa del enriquecimiento es el empobrecimiento y viceversa; sin embargo, tal aseveración nos parece un poco inexacta, ya que aunque efectivamente la causa del desplazamiento patrimonial es única, lo que la origina puede ser: 1) un hecho del empobrecido, 2) un hecho de un tercero y 3) un hecho del enriquecido, siempre que no haya mediado su mala fe, como, por ejemplo, el caso de la accesión.

• ¿Es necesario que el enriquecimiento sea actual, esto es, que subsista al momento de la demanda? En Francia tal exigencia es una condición, y nuestra doctrina se inclina por esta posición; aunque algunos estudiosos del tema, particularmente italianos, sostienen que ello no resultaría necesario como requisito de *procedibilidad,* ya que bastaría con haberse producido.

b) *Empobrecimiento correlativo*. Con este enunciado se incluyen dos aspectos: el empobrecimiento patrimonial y la correlación que existe entre ambos patrimonios. Nótese que no se mencionó la existencia de una relación de causalidad, sino que recíprocamente sean correlativos. Todo ello implica que:

• Este resulte ser el patrimonio a costa del cual se enriqueció el demandado.

• ¿Debe configurarse como un daño? Consideramos que *no,* que son dos nociones diferentes con ciertas semejanzas, ya que en ambos existe detrimento patrimonial; pero en el daño se trata de una imputación a un sujeto —atribuible a título de dolo o culpa—, por lo que se hace responsable de lo ocurrido, de manera que la acción no solo es restitutoria, sino también resarcitoria, compensatoria, integral e indemnizatoria.

Además, comprendería tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales que se llegaren a probar y no habría límite en el monto de la indemnización, pues se trata de dejar indemne al sujeto perjudicado, *todo lo cual no aplicaría en el enriquecimiento sin causa*.

• También debe ser un empobrecimiento neto y no bruto.

• Puede ser directo o indirecto.

• Originado por un hecho del empobrecido, de un tercero o del enriquecido.

• Positivo o negativo, entendido este como lo dejado de percibir. Un ejemplo de esta situación se encuentra en el libro del profesor Emiliani, al recordar una sent. en la cual una compañía de agua sin autorización o permiso alguno utilizó las tuberías y, en general, los conductos de propiedad de un particular para distribuir el agua a sus usuarios. En este evento no se causó un detrimento positivo sino negativo, consistente en el valor de los arriendos que el propietario de los canales dejó de percibir por la utilización de ellos. Otro ejemplo más actual de la misma naturaleza, es cuando una sociedad explota los terrenos de otra sin estar facultada para ello, de forma que la entidad propietaria dejó de percibir los beneficios económicos que le hubieren correspondido, bien sea porque directamente ella misma se hubiere encargado de la explotación o por la compensación que habría recibido al conceder a otro dicha posibilidad.

• Una interesante pregunta sobre este aspecto sería: ¿qué pasa en los casos en que el empobrecido voluntariamente buscando su beneficio, realizó la situación de hecho que condujo el desplazamiento patrimonial y que, correlativamente, benefició a otros? Como el que construye un dique para su terreno beneficiando con ello a sus vecinos, ¿ellos estarían obligados a sufragarlo proporcionalmente? La respuesta a este interrogante resulta compleja y llena de matices; por ejemplo, según Ripert, "[...] se encuentran entonces numerosos casos en que la persona empobrecida no es digna de protección, porque ha obrado por su interés personal. Si se ha aprovechado de una acción, que al mismo tiempo ha aprovechado a otros, nada puede reclamar, porque no existe injusticia que reparar. Si ha calculado mal y procurando a otro una ventaja fortuita, cuando obraba para atribuirse esa ventaja a sí misma, se ha empobrecido por culpa suya, y nadie tiene el deber moral de reparar las culpas de los demás [...]"[6]. Esta apreciación, *con*

[6] Ripert, *op. cit.,* pág. 205.

todo respeto, nos parece demasiado estricta y que no armoniza con el principio de equidad que sustenta todo este andamiaje jurídico. Consideramos que, tal como lo consagra nuestro Código de Comercio, se trata de no auspiciar un enriquecimiento sin justa causa a expensas de otro, independientemente del grado de culpa del empobrecido, ya que no se trata de un tema de responsabilidad; y sin que importe el interés que este haya perseguido, puesto que si eventualmente podría beneficiar a otros patrimonios, ¿por qué no al suyo propio? Lo fundamental es que el demandado se haya enriquecido sin causa alguna. *Este último hecho es lo que importa realmente*.

• Para subrayar lo esbozado, podríamos preguntar: ¿el empobrecido que actuó de mala fe tiene derecho a la restitución? Aunque en nuestro ordenamiento jurídico nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio, se debe tener en cuenta que, como no se trata de un tema de responsabilidad, *lo determinante no es si medió o no la culpa del empobrecido*, *sino si el demandado efectivamente se enriqueció sin causa alguna a expensas del demandante*, *sin mayores consideraciones*. Luego, aunque este último también se hubiere beneficiado, creemos que el enriquecimiento del demandando le causó un empobrecimiento negativo, ya que dejó de percibir un valor o terminó asumiendo un mayor valor del que por equidad le habría correspondido.

• No consideramos que deba existir relación de causalidad entre los patrimonios del enriquecido y del empobrecido; no es que el uno sea causa del otro o viceversa, ya que como se indicó, la causa puede provenir de un tercero, del empobrecido o del enriquecido. *Lo crucial es que no resulten situaciones aisladas e independientes*, *sino recíprocamente correlativas surgidas por una causa única común*.

c) *La ausencia de causa o falta de justificación o legitimación*. Este es el elemento fundamental, es lo que legitima la acción para pedir la restitución; de él surge el deber de justicia. La equidad se vulnera por la falta de causa, ya que si la hubiera, se estaría frente a un pago. Entonces, las condiciones que deben tenerse en cuenta son:

Injustificado equivale a sin causa, y de esta premisa surgen dos vertientes: 1) una más rígida y exegética, sostenida por JOSSERAND —donde se sitúa la mayoría de la doctrina—, que interpreta a la causa como título jurídico, como fuente de obligaciones. En consecuencia, según esta tesis, si existe un título, sea cual fuere la fuente, *no* cabe alegar enriquecimiento sin causa. *Es una posición más segura*, *pero a nuestro juicio podría implicar inequidades,* ya que con esta tendencia el caso de los "abonos" no se hubiera concedido, ni tampoco el del profesor contra

el hijo estudiante que se benefició de su instructor. En estos casos, para ellos, habría habido una causa título que impediría la configuración del enriquecimiento, lo cual no compartimos. 2) Una posición más flexible, más insegura, sostenida en su momento por Ripert, que se apoya en la equidad como expresión del derecho natural, en la cual no se tiene en cuenta exclusivamente la técnica jurídica, *pues su carácter moral se funda "en el provecho creado", el cual le pertenece a quien lo crea únicamente*. Según esta tesis, *sin causa* implica el haber vulnerado el principio de no enriquecerse a costa de otro sin fundamento jurídico. 3) Existe una tercera posición, ecléctica, sostenida por Jacques Maury y Rouast, en la que la causa se mira como *equivalencia,* es decir, la contraprestación de la prestación; luego no basta con la existencia del contrato o la fuente remota, ya que lo analizado es el contenido mismo, las prestaciones y el equilibrio contractual. *Esta tesis nos parece más acertada y actual.*

Existe mucha casuística sobre este elemento, la cual produce múltiples matices; por ejemplo: ¿qué pasaría con los contratos a título gratuito y con la persona que compró unas joyas para su futura nuera y al final su hijo no se casó con ella? ¿Cabría en este caso la *actio in rem verso*? En Francia, el Tribunal de Sena en algunos eventos de títulos gratuitos no ha concedido la acción, como el caso de las botellas de vino que se regalaron por un supuesto motivo que nunca se dio; pero, curiosamente, en el evento de las joyas sí la concedió. Entre nosotros, ¿estos casos se analizarían como servicios personales gratuitos en calidad de meros actos de liberalidad o como donaciones con causa onerosa?

En la legislación colombiana se encuentran casos que no se compadecen con la primera tesis; es decir, que a pesar de existir el contrato como título remoto, la prestación en sí misma considerada carecería de causa. *Tal es el evento del artículo 2060, numeral 5*: "[...] Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que este debía al empresario"; o, del artículo 2321: "[...] El que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder [...].

Como complemento, algunos sostienen que lo que se debe distinguir es la causa como fuente de la causa como fin, teniendo presente que la primera es la que da lugar al surgimiento de las acciones reales o de nulidad, en tanto que la segunda implicaría desplazamientos patrimoniales, *siendo en esta modalidad procedente la acción de enriquecimiento sin causa, aunque haya habido un desplazamiento con causa como fuente, ya que el enriquecimiento, como causa fin, no se encuentra legítimamente justificado*. Entonces, puede que en principio ese desplazamiento haya sido válido, pero al final resultaría sin causa.

De ahí que, como se indicó en otro momento, nos apartemos de quienes sostienen que solo cabría la figura en estudio frente a hechos jurídicos y no cuando han mediado actos o negocios jurídicos porque, supuestamente al ser derivación de dicha relación jurídica, sería su "causa". Tal posición, como explicamos, estaría en contravía con el fundamento jurídico, teleológico y hermenéutico del enriquecimiento sin causa, siendo en la actualidad reconocida tal posibilidad no solo por ordenamientos jurídicos como el nuestro en los artículos citados, sino consagrada positivamente por legislaciones foráneas como la alemana, según la cual "[...] Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier forma a costa del mismo, está obligado con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después *o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico* [...]". (BGB, art. 812-1) (bastardilla nuestra). Dicha posibilidad ya se aceptó jurisprudencialmente, como se puede comprobar en el trascendente fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre del 2009 (M. P. Edgardo Villamil Portilla), el cual se analizará someramente en renglones posteriores.

Un ejemplo concreto que evidenciaría lo anterior, lo encontramos en la consagración legal del reconocimiento de las mejoras en favor del arrendatario que las haya efectuado sin contar con la respectiva autorización, ya que a pesar de existir un título jurídico como lo es el contrato de arriendo, este no alcanzaría a cobijar el desplazamiento patrimonial que ha operado en beneficio del propietario del bien arrendado, y por ello el legislador permite que puedan ser retiradas siempre que no se cause un detrimento, a menos que el arrendador esté dispuesto a abonar el valor de los materiales.

En definitiva, y a riesgo de ser repetitivos, entendemos que la falta de causa implica que el desplazamiento patrimonial ocurrido no encuentra,

en equidad, un soporte que lo legitime. En palabras del profesor Édgar Ramírez baquero, "[...] Lo indebido o torticero es consecuencia de que la circulación del beneficio en que la atribución patrimonial consiste no pueda sustentarse en términos axiológicos [...]"[7].

D) *¿Cómo se considerarían los demás requisitos: el de la subsidiariedad y el que no sea en fraude a la ley*?

A propósito de las más recientes decisiones de la jurisprudencia y la consagración legal mercantil, consideramos que cualquier otra condición no constituye un requisito de formación del enriquecimiento sin causa, sino externo y accesorio a este, que puede limitar su ejercicio, mas no su existencia.

La subsidiariedad que la Corte exigía y que la mayoría de la doctrina también ha incluido implica que no exista otra acción para exigir el reembolso, siempre que esa falta de otra acción no se hubiere generado por negligencia o responsabilidad del demandante. Pero, entonces, ¿la culpabilidad del empobrecido influye en la estructuración de la figura? *Creemos que no para su configuración*; *puede que se tenga en cuenta en el monto de la restitución*, ya que se aplicarían las reglas comunes de responsabilidad; tal es el caso de lo consagrado en los artículos 738 y 739 del Código Civil, transcritos, en los que la culpa se tiene en cuenta para el primero, en tanto que en el segundo solo se analiza la buena o mala fe.

En nuestro sentir y siendo coherentes con la posición sostenida, según la cual esta figura es un principio general del derecho, debería poder concurrir simultáneamente con las demás acciones, pudiendo el demandante escoger la que mejor le convenga a sus intereses. Lo cual no significa que si la situación configuradora de enriquecimiento sin causa ha sido tipificada en nuestro ordenamiento, como uno de sus ejemplos particulares, se deje de aplicar la consecuencia allí prevista so pretexto de valerse del principio general, ya que la *actio in rem verso* solo tendría cabida cuando dicha situación no hubiera sido subsumida expresamente por el legislador.

En cuanto a que no se realice en fraude a la ley, *creemos que todo debe estar circunscrito en ese postulado y que, por tanto, no es exclusivo de esta figura*. Como evidencia de ello se pueden citar ejemplos

[7] Édgar Ramírez Baquero, *Obligaciones y contratos. Ensayos,* Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, pág. 357.

como: el no poderse repetir lo pagado por causa ilícita, o porque dejó de ser suyo por usucapión, o porque el derecho ya le prescribió, entre otros casos. Luego, no resultan consideraciones propias del enriquecimiento sin causa, sino que son derivadas del principio general según el cual "nadie puede alegar su propia culpa para su directo beneficio".

5. "ACTIO IN REM VERSO"

Es el mecanismo procesal que jurídicamente se ha consagrado para conjurar el enriquecimiento sin causa ocurrido, teniendo en cuenta que se trata de una acción personal y no reivindicatoria, como podría sugerirse —o ¿debería serlo?— de las reglas que regulan el pago de lo no debido (C. C., arts. 2313 a 2321).

Es resarcitoria; luego, no se trata de devolver el enriquecimiento, sino de reintegrar en la menor cuantía: sea esta la del enriquecido —*ya que no se le podría pedir más*— o la del empobrecido —*porque de lo contrario se originaría un nuevo enriquecimiento sin causa*—. En consecuencia, no es indemnizatoria. Un ejemplo ilustraría esta conclusión: imaginémonos que el propietario de un predio cuenta con una tubería con capacidad de hasta cien centímetros cúbicos, pero se encuentra subutilizada ya que solo pasa un volumen de veinte centímetros cúbicos. Su vecino, aprovechándose de tal situación, se conecta a la tubería para distribuir cuarenta centímetros más de agua, los cuales comercializa con personas de la zona. En este caso, aunque no se ha causado un daño ya que la tubería así lo permite e incluso todavía quedaría capacidad por utilizar, sí habría un detrimento patrimonial negativo representado en lo dejado de percibir si el vecino le hubiese pagado por ese derecho de paso. Así las cosas, qué se debería reconocer: ¿el mayor valor percibido por el vecino como consecuencia de la distribución del agua o, como sostienen algunos, "el valor dinerario de relevo"[8]? Acaso ¿no sería más ajustado a la equidad tener como límite lo dejado de percibir sin aspirar a exigir una participación de los beneficios de la comercialización, respecto de la cual el empobrecido, si los obtuviera, se estaría valiendo de una situación que él no generó?

En cuanto a la incapacidad, esta no es nugatoria del enriquecimiento sin causa, como se evidencia en el artículo 1747 del Código Civil. En otras palabras, para su configuración resulta indiferente la capacidad jurídica de cualquiera de las partes involucradas.

[8] RAMÍREZ BAQUERO, *op. cit.,* pág. 381.

Así mismo, y como advierte José Ignacio Narváez, existen zonas grises que ponen en duda el ejercicio de la acción y que justifican por qué muchas legislaciones no hayan consagrado expresamente la acción, las cuales se derivan de inquietudes tales como: 1) no todo enriquecimiento injusto carece de acción; 2) el hecho de no tener causa no necesariamente implica que sea injusto; 3) ¿qué debe prevalecer, la falta de causa o la vulneración de la equidad?

La finalidad de la acción es restituir al empobrecido el dinero, el bien o la ventaja, si ello fuere procedente (sin que se entienda reivindicatoria); es decir, una restitución *in natura*. De lo contrario, de no ser posible, será la compensatoria equivalente.

Solo tiene legitimación en causa activa el empobrecido o sus herederos o cesionarios y, según alguna doctrina, siempre que no tengan otra acción. En nuestro parecer, estaría a su elección, según lo anotado. El demandado siempre será el enriquecido o sus herederos.

6. Relación con otras figuras

Para completar nuestro análisis de la figura en estudio, la compararemos con otras nociones relacionadas, pero claramente diferenciadas, con el propósito de evidenciar con mayor claridad su campo de acción.

A) *Con el principio de la buena fe*

Aunque resulta muy variado este concepto, ya que en algunas ocasiones implica conciencia de haber adquirido por medios legítimos y otras veces, lealtad y probidad, en ocasiones es mecanismo de interpretación de los actos jurídicos e, incluso, en ciertas oportunidades se toma en cuenta por su cara contraria: la prohibición de la mala fe.

Para el caso que nos ocupa, la consideramos un principio fundamental del derecho que implica lealtad, honradez, conciencia honrada y recta.

Así pues, el enriquecimiento sin causa sería una consecuencia de este principio más general de probidad, *ya que partiendo del deber moral de Ripert, según el cual solo se debe beneficiar de la ventaja quien la crea o genera, cualquier otro que se aproveche de ello no estaría obrando con la probidad esperada, ya que no basta con no causar el hecho o no ser responsable de él, sino en reconocer que se recibió una ventaja sin justificación alguna, aunque fuere originada por el azar, pero aprovechándose de la desgracia de otro*.

B) *Con la equidad*

Este postulado ha sido tratado a lo largo del escrito, de tal manera que solo nos resta por reiterar que es el sustento jurídico del enriquecimiento sin causa, ya que no es cuestión únicamente de derecho o justicia distributiva o conmutativa, sino que se trata de determinar en cada caso concreto, frente a cierta prestación, su causa jurídica, su correspondiente equivalente. De ahí que la relación entre ambas figuras resulte muy estrecha, siendo el enriquecimiento sin causa una de las manifestaciones de la aplicación particular de la equidad, para "darle a cada quien lo que le corresponde".

C) *Con el abuso del derecho*

Al igual que el enriquecimiento y el error común generador de derecho, el no abuso es otro principio general en el cual se funda el sistema de responsabilidad, aunque en algunos casos el abuso no provenga necesariamente de dolo o de culpa. Tanto el postulado de no causar daño a otro (C. C., arts. 2341 y ss.), como el de no desviar la finalidad de un derecho subjetivo, resultan instituciones independientes de la noción del enriquecimiento sin causa, el cual, como se advirtió en su momento, no busca sancionar en términos punitivos como consecuencia de una imputabilidad jurídica; tampoco pretende indemnizar, y no depende del elemento subjetivo (dolo o culpa), sino exclusivamente de la ausencia de una justa causa que legitime el desplazamiento patrimonial, sin que importe si el empobrecido también se alcanzó a beneficiar.

D) *Con el pago de lo no debido*

De acuerdo con la evolución histórica reseñada, esta figura fue una de las primeras manifestaciones que los legisladores utilizaron para reconocer de manera indirecta el enriquecimiento sin causa; de ahí que, en sentir de algunos, el pago de lo no debido resulte ser una especie del enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, las diferencias entre ambas figuras se puede resumir así.

• El pago de lo no debido es un cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa es un principio del derecho, aunque ambos forman parte de las fuentes no voluntarias de las obligaciones.

• El enriquecimiento *nunca es un pago:* es un desplazamiento patrimonial originado por el hecho del enriquecido, del empobrecido o

de un tercero. El pago de lo no debido surge *por un error* de quien lo hace, aunque sea de derecho; es decir, se origina por una falsa creencia, lo cual no ocurre en el enriquecimiento sin causa.

• Ambos tienen en común que carecen de una legítima justificación o título para su procedencia; de ahí la improcedencia de repetir lo pagado por una obligación natural, ya que en este caso sí existiría causa, solo que ya no podría hacerse exigible.

• El enriquecimiento sin causa como principio general aplica a cualquier evento de desplazamiento patrimonial injustificado; de ahí que no tenga más condiciones que los tres elementos señalados y que el legislador prudentemente no lo haya regulado más; en tanto que el ámbito de actuación del pago de lo no debido se encuentra debidamente delimitado por las normas de los artículos correspondientes ya vistos.

7. Líneas jurisprudenciales

Sin perjuicio de la relación de sentencias y referencias de la jurisprudencia que se anexa al final de este breve estudio, de manera muy sucinta se reseñarán algunos de los principales pronunciamiento sobre el particular, a saber:

A) *Corte Constitucional*

• Sala Tercera de Revisión, sentencia de 17 de mayo de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes). La pregunta planteada era si el enriquecimiento sin causa se podía conjurar mediante tutela. La respuesta que la Corte sostuvo es que, en un principio, ello no sería viable, ya que la vía judicial para tal figura era la del proceso ordinario. Sin embargo, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, y en cumplimiento de los principios que rigen la administración pública (economía, eficiencia y celeridad), eventualmente podría incoarse, siempre que concurriesen pruebas objetivas de la existencia del enriquecimiento sin causa, de forma que haría innecesario el trámite ordinario, verbigracia, la confesión del demandado. Pero, en todo caso, debe vulnerarse un derecho fundamental, como el derecho a la propiedad cuando se compromete el derecho a la subsistencia o al derecho mínimo vital. La Corte también reitera que el enriquecimiento contraría tanto el derecho como la justicia y la equidad, y que son solo tres los requisitos que lo conforman: un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo y un hecho sin un fundamento jurídico.

• Sala Plena, sentencia 600 (6 noviembre) de 1996 (M. P. Vladimiro Naranjo). Se demandó la inconstitucionalidad del artículo 125 del decreto 2150 de 1995, por considerar que la unificación de la tasa que cobraba la Superintendencia de Industria y Comercio podía causar enriquecimiento sin causa. La Corte consideró que la causa del pago era la actuación administrativa solicitada, independientemente del resultado de ella y de que este haya sido o no favorable al solicitante; de ahí que no se hubiera reconocido el enriquecimiento sin causa.

• Sentencia T-276 (3 junio) de 1997 (M. P. José Gregorio Hernández). En esta oportunidad, la Corte señaló que la remuneración por el trabajo realizado y su correspondiente ajuste eran derechos inalienables de todo trabajador. Ningún empleador público o privado puede decidir no hacer los reajustes, cuando se trata de empleados que reciben el salario mínimo. Además, la pérdida progresiva del poder adquisitivo causa una disminución real en los ingresos del trabajador y, en consecuencia, un enriquecimiento sin causa del patrono, que recibe el mismo trabajo en cantidad y calidad pagando cada vez menos.

• Sala Plena, sentencia C-796 (29 junio) de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell). Se solicitó la inconstitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 47 de la ley 488 de 1998, ya que de acuerdo con la norma, no se podía reclamar la devolución del exceso del impuesto al valor agregado (IVA) pagado por equivocación del contribuyente. La Corte consideró que era *inexequible,* pues ante el error en el cálculo del IVA, se debería tener el derecho a solicitar el reintegro del mayor valor, pues de lo contrario se estarían desconociendo principios como la legalidad del tributo y el derecho de propiedad del contribuyente, el cual se empobrece en la misma proporción que el Estado se enriquece de manera ilícita, aprovechándose de un error del sujeto pasivo; también se estarían vulnerando postulados como el de la igualdad y el de la irretroactividad de la ley.

• Sala Plena, sentencia de 28 de octubre de 2003 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra). Se solicitó la inconstitucionalidad parcial del artículo 118 de la ley 788 de 2002. La Corte resolvió por la *exequibilidad,* ya que en su opinión un impuesto no era confiscatorio y, por tanto, no daba lugar al enriquecimiento sin causa que afectara la propiedad privada. Además, la confiscación está prohibida por el artículo 34 de la Constitución Política. Por último, agregó que por el impuesto, el Estado no se estaría haciendo dueño de bien alguno del contribuyente, ya que este es un simple deudor de aquel.

• Sala Plena, sentencia C-760 (10 agosto) de 2004 (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes). En este caso se demandó la inconstitucionalidad parcial de los artículos 4º y 5º de la ley 797 de 2003, bajo el supuesto de un pretendido enriquecimiento sin causa en el sistema de seguridad social. Al respecto, la Corte Constitucional indicó que se partía de un error al considerar que dada la inestabilidad de un contratista independiente, este nunca se iría a pensionar y, por tanto, nunca recibiría el beneficio de lo aportado por él, enriqueciéndose injustamente el sistema. Se olvidaba que lo importante era la posibilidad de acceder a la pensión, dado que es un tema de decisión; dependerá de cada quien si hace uso de ella o no. Por ende, en opinión de los actores, solo se justificaría la obligación de cotizar si existiese certeza del beneficio equivalente. Sin embargo, la Corte indicó que tal aseveración constituía un equívoco, ya que desde un comienzo había beneficio, porque se encontraba protegido, independientemente de que hiciera uso de él o no; además, se estaría desconociendo el principio de solidaridad, por el cual todos quedamos obligados al aporte.

• Sala Plena, sentencia C-471 (14 junio) de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis). Por medio de este fallo se declararon exequibles las expresiones demandadas del inciso 3º del artículo 882 del Código de Comercio, pues se advirtió que no se estaba juzgando dos veces por el mismo hecho y, además, porque en un proceso ejecutivo no se estaba juzgando a una persona, simplemente recaía en su patrimonio. Finalmente, la Corte concluyó con los tres elementos antes mencionados, como únicos constitutivos del enriquecimiento sin causa.

B) *Corte Suprema de Justicia*

• Sentencia de 6 de septiembre de 1935. En este pronunciamiento la Corte Suprema reconoció el enriquecimiento sin causa por *analogía*, para así darle cabida a la *actio in rem verso,* y señaló como requisitos: 1) un enriquecimiento injusto; 2) que ese enriquecimiento no hubiera tenido ningún derecho y que fuera consecuencia directa del empobrecimiento, y 3) un empobrecimiento.

• Sentencia de 19 de noviembre de 1936 (M. P. Juan Francisco Mujica). En esta sentencia la Corte sentó los fundamentos del enriquecimiento sin causa, configurando como elementos constitutivos los siguientes: 1) un enriquecimiento o ventaja patrimonial, sea positiva o negativa; 2) un empobrecimiento correlativo que puede ser por causa del enriquecimiento, o al revés, o por medio de un tercer patrimonio,

siendo siempre una sola causa que los origina; 3) la relación entre los dos elementos anteriores debe producirse sin justa causa, entendiendo la causa como sinónimo de título, esto es, que no haya existido un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o la propia ley; 4) que no exista ninguna otra acción y que tal situación no se deba a razones imputables al demandante (subsidiariedad) y 5) no sea en fraude a la ley. Teniendo siempre en cuenta que se trata de reparar y no de indemnizar, hasta donde el otro se enriqueció, sin superar el empobrecimiento.

• Sentencia de 14 de abril de 1937 (M. P. Liborio Escallón). En esta oportunidad la Corte señaló como fundamento positivo del enriquecimiento sin causa el artículo 20 de la Constitución Política de ese entonces y el título 33 del libro IV del Código Civil. También encontró soporte en el pago de lo no debido y en el artículo 1524 de la referida codificación. Por último, reiteró los mismos elementos constitutivos señalados y subrayó que el elemento fundamental era la ausencia de justa causa.

• Sentencia de 30 de julio de 1941 (M. P. Hernán Salamanca). En este fallo la Corte Suprema recordó cuáles eran las fuentes de las obligaciones, a saber: 1) el acto jurídico, dentro del cual se encuentra el contrato, el cuasicontrato y el hecho voluntario; 2) el hecho ilícito, dentro del que se encuentra el delito y el cuasidelito; 3) la ley y 4) el enriquecimiento sin causa.

• Sent. de 6 de octubre de 1955. Se advirtió que: 1) la *actio in rem verso* es subsidiaria, es decir, cuando no se tiene otro recurso legal; 2) la acción no cabe cuando expresamente la ley así lo ha consagrado; 3) quien lo alega debe demostrar la falta de causa; 4) el ejercicio de la acción es más fácil en Colombia que en Francia, puesto que tenemos más textos expresos sobre el particular y 5) de acuerdo con JOSSERAND y RIPERT, *el pago de lo no debido es una especie del género enriquecimiento sin causa*.

• Sentencia de 12 de diciembre de 1955. Reitera la Corte que históricamente se ha tratado de una acción subsidiaria, que solo tiene cabida cuando no existe regulación expresa y que el juez, con fundamento en los principios generales del derecho, o por analogía de otras normas, y en armonía con el principio de la buena fe y la equidad, puede aplicar el enriquecimiento sin causa, buscando restaurar el equilibrio jurídico, siempre dentro de lo lícito, puesto que nunca existió causa jurídica para ello.

• Sentencia de 26 de marzo de 1958. En esta providencia la Corte vuelve a los tres elementos que hemos propuesto como únicos constitutivos

del enriquecimiento sin causa, como son: un enriquecimiento, un empobrecimiento correlativo —*nótese la manera acertada de no mencionar relación de causalidad*—, todo ello sin fundamento jurídico. Así mismo, propuso como definición la siguiente: "[...] El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio recibe un aumento a expensas de otro, sin causa que lo justifique [...]".

• Sentencia de 13 de marzo de 1990 (M. P. Alberto Ospina Botero). En esta sentencia, la Corte equipara de manera equivocada —a nuestro juicio—, la acción *in rem verso* con la repetición de pago de lo no debido, legitimando al demandante, si prueba el pago y si el demandado lo niega, ya que según el sentenciador, se presumiría entonces que se trató de un pago indebido.

• Sentencia de 6 de diciembre de 1993 (M. P. Carlos Esteban Jaramillo). En esta oportunidad la Corte advirtió que la acción prevista en el artículo 882 del Código de Comercio era diferente de la acción cambiaria, ya que se fundamentaba en un principio general de derecho: el enriquecimiento sin causa a expensas de otro, con fundamento en los artículos 5º, 8º y 48 de la ley 153 de 1887 y en el artículo 230 de la Constitución Política. En este evento el perjudicado tiene la acción de reembolso, no como un apéndice de la cambiaria, sino como una modalidad peculiar de la *in rem verso*. Volvió a afirmar los tres elementos sin adicionar ningún otro, reiterando que no se trataba de reparar un daño, sino de evitar "[...] la consolidación de un beneficio para quien en justicia no podía pretenderlo [...]". En esta última instancia, concluyó que la restitución no podía exceder el enriquecimiento ni superar el empobrecimiento.

• Sentencia de 7 de octubre del 2009 (M. P. Edgardo Villamil Portilla). En este fallo la Corte hace un recuento de los diferentes pronunciamientos que se han proferido en tema de la figura del enriquecimiento sin causa, precisando y delimitando sus características, las condiciones para su configuración, al igual que las consecuencias que implica aplicar el postulado en estudio. La situación de hecho consiste en la consignación de unas sumas que equivocadamente el banco realiza en favor del demandado, que después rehúsa devolver tales recursos.

Se trata de un pronunciamiento ejemplar y magistral en el que se analiza la diferencia entre principios y normas, siendo aquellos a los que nos adherimos, mientras que estas son las que obedecemos y cumplimos. Los principios, implícita y explícitamente, tienen una relación con el derecho natural, siendo su fuente axiológica y, por ende, constituyen guías orientadoras de la conducta humana en sociedad; en tanto que las

reglas o normas deben ser expedidas por un órgano y están conformadas por un supuesto de hecho con su respectiva consecuencia de derecho. Por ello se puede estar acatando una norma formalmente legal, pero de manera simultánea violentar principios de superior jerarquía, como sucede hoy con las personas que son juzgadas por haber cumplido la norma que ordenaba disparar a quien saltara el muro de Berlín; similar situación se presentó en ese lamentable momento histórico de la humanidad en el que prevaleció el régimen nazi.

Ahora bien, en cuanto se refiere al enriquecimiento sin causa como tal, el demandado trató de desvirtuarlo aduciendo tres razones: 1) que los dineros consignados no eran del banco y por ende no había habido empobrecimiento; lo cual es desacertado porque en esta figura puede mediar un tercer patrimonio que fue lo que sucedió, ya que el banco tuvo que reponer al verdadero titular de los recursos esos dineros; luego, sí ocurrió un detrimento patrimonial para el demandante. 2) Que entre el banco y el demandado existía una relación contractual que impediría la configuración del enriquecimiento sin causa; frente a lo cual con absoluta claridad la Corte concluyó que dicha relación jurídica no era óbice para solicitar la aplicación de la figura en cuestión, puesto que ella resultaba ajena a la situación de hecho alegada sin que le pudiera servir de soporte o sustento de justificación. 3) Que nadie podía derivar un derecho de su actuar ilegal o aprovechándose de su error; respecto de lo cual, sabiamente la Corte reiteró que si bien existían principios que eventualmente pudieran estar enfrentados, no por ello se invalidaban por el solo hecho de que en un momento dado se prefiriera uno o se dejara de aplicar el otro, como consecuencia del "proceso de ponderación" y por la "relación de preferencia condicionada"; lo que no ocurriría si le enfrentamiento fuera entre normas o reglas, ya que no podrían coexistir, negándose o anulándose una y triunfando la otra. Sin perjuicio de ello, no es cierto que el error cometido por el banco se pueda considerar como hecho ilícito, ni tampoco lo es que esté tratando de aprovecharse de su equivocación, ya que no existe utilidad o ventaja que ganar, dado que, simplemente, se está restableciendo el aprovechamiento indebido ocurrido.

Como complemento de todo ello se citó como referencias los siguientes pronunciamientos emitidos por la mencionada autoridad, a saber: sentencias de 14 de agosto de 2007 (exp. 1997-01846-01), de 18 de julio de 2005, (exp. 1999-0335-01), de 7 de junio de 2002 (exp. 7360), de 21 de mayo de 2002 (exp. 7061), de 28 de agosto de 2001

(exp. 6673), de 25 de octubre de 2000 (exp. 5744), de 11 de enero de 2000 (exp. 5208); del 10 de diciembre de 1999 (exp. 5294), de 22 de febrero de 1991, y sent. 053, entre otras.

C) *Consejo de Estado*

• Sección Tercera, sentencia de 28 de enero de 1994 (C. P. Daniel Suárez). Se determinan los elementos que constituyen el enriquecimiento sin causa: un enriquecimiento del beneficiario, un empobrecimiento del afectado, relación de causalidad entre ambos y la ausencia de causa.

• Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 1996 (C. P. Jesús María Carrillo). En esta ocasión se advirtió que *aun existiendo una relación jurídica originaria, podía que no resultara suficiente para justificar el enriquecimiento, como en las obras adicionales*. En consecuencia, concluyó que la *in rem verso* "[...] es la vía procesal idónea para demandar la reparación de los perjuicios por presunto enriquecimiento injusto [...]". La única observación que tenemos es que en ningún momento se trata de reparar perjuicios como si fuera una acción indemnizatoria, puesto que es simplemente restitutoria.

• Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2000 (C. P. Ricardo Hoyos Duque). La cuestión central es determinar cuál acción se debe incoar: si la relativa a controversias contractuales o la *in rem verso* por vía de reparación directa, ya que de acuerdo con la ley 80 de 1993, el contrato se perfecciona cuando existe acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y todo se plasma por escrito. La aprobación de la garantía, la disponibilidad presupuestal y la publicación en el *Diario Oficial* no son condicionantes para el perfeccionamiento, sino para la ejecución. De ahí que si se cumple con los demás requisitos, la responsabilidad sería contractual. Luego, las actuaciones que realicen los particulares con la idea de que deben enmarcarse en una relación contractual, pero que no se hizo, se pueden tramitar por la vía de la reparación directa mediante una *actio in rem verso,* si se cumplen las condiciones. Mas si el contrato existió, aunque no se haya perfeccionado y no obstante se decidió ejecutarlo, la acción sería la de controversias contractuales. Finalmente concluyó que los "perjuicios" se debían reconocer no en virtud de enriquecimiento sin causa, sino por el incumplimiento contractual. Respecto de este fallo, hubo una aclaración de voto del consejero Alier Hernández, ya que en su opinión y de acuerdo con la ley

orgánica del presupuesto (ley 179 de 1994, art. 49), el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento de los contratos y no solo para su ejecución.

• Sección Tercera, de fecha 26 de mayo de 2010 (C. P. Gladys Agudelo Ordóñez). En este fallo se explica la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, se hace un recuento histórico de su evolución y se precisan cuáles son sus elementos configurativos y su justificación no solo como fuente de obligaciones sino como principio general de derecho. También se indica que se trata de una acción subsidiaria, la cual tiene como límite el menor valor entre lo enriquecido y lo empobrecido, dado que no se trata de una indemnización de perjuicios, al ser una figura diferente de la de la responsabilidad aquiliana, puesto que simplemente se busca la compensación de un detrimento patrimonial injustificado. De manera complementaria se advierte que en materia de lo contencioso-administrativo, la figura del pago de lo no debido es un evento que no permite ser alegado como un enriquecimiento sin causa, porque requiere que previamente la administración se haya pronunciado sobre la devolución de lo pagado o sobre lo pagado en exceso, de tal manera que solo cuando se niegue tal pretensión podría incoarse la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. (En igual sentido se puede consultar, por la misma corporación y sección, la sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 14.669).

• Sección Tercera, de fecha 12 de mayo de 2011 (C. P. Mauricio Fajardo Gómez). En el caso en estudio, la alta corporación consideró que utilizar la acción de reparación directa para solicitar el enriquecimiento sin causa, de acuerdo con los hechos de la demanda, resultaba incongruente, pues la diferencia suscitada se presentaba ante una mayor cantidad de obra tratando de definir si ello estaría o no cobijado dentro del objeto del contrato. Luego, el tema debía ventilarse mediante la acción de controversias contractuales para efectos de establecer el alcance del contrato; ya que la fuente del daño era la que determinaba cuál era la acción procedente. Por ende, en este caso el origen era contractual, pudiéndose solicitar, entre otras posibles peticiones, la revisión de las condiciones económicas de acuerdo con la teoría de la imprevisión, pues solo era procedente la acción de reparación directa cuando se presentaba ausencia total de causa que soportara el enriquecimiento reclamado. Tampoco se podría alegar la aplicación del principio *iura novit curia* para que el operador jurídico fuera quien definiera el régimen aplicable una vez conocida la situación fáctica, dado que en este evento, lo que implicaría sería una modificación tanto de la *causa*

petendi como de las pretensiones, lo cual escaparía a las facultades del juez. En consecuencia, al escoger de manera inadecuada la acción, no se puede proferir una sentencia de mérito sino un fallo inhibitorio. (En igual sentido se pueden consultar los siguientes pronunciamientos de la misma corporación y sección, a saber: 28 de abril de 2010, exp. 17811; 21 de octubre de 2009 exp. 37243; 22 de julio de 2009, exp. 35026; 13 de mayo de 2009, exp. 15652, 23 de abril de 2009 exp. 15906, y 4 de julio de 2002 exp. 20746, entre otros).

Respecto de las consideraciones sostenidas por el Consejo de Estado, nos apartamos de ellas, por las razones que se expondrán a continuación al analizar la sentencia de 2012.

• Sección Tercera, de 19 de noviembre de 2012 (C. P. Jaime Orlando Santofimio). En este notorio pronunciamiento se unifica la posición jurisprudencial sostenida por el Consejo de Estado respecto del enriquecimiento sin causa, advirtiendo que es de aplicación restrictiva su configuración cuando no exista un contrato; estableciendo, entre otros eventos, en cuáles casos sí cabría, como una acción esencialmente compensatoria, teniendo presente que la vía procesal para incoarla sería la de la reparación directa y no la de la acción contractual. Se sostiene que aunque aquella es una acción indemnizatoria y la acción de enriquecimiento sin causa es meramente compensatoria, ese sería el único camino procesal aceptable, porque en todo caso se le ha causado un daño al empobrecido, el cual tendría como límite el monto del enriquecimiento. Salvaron voto la presidenta de la Sala, la consejera Stella Conto Díaz del Castillo y los consejeros Enrique Gil Botero y Carlos Alberto Zambrano.

Respetuosamente, no compartimos esta última argumentación porque, por una parte se estaría confundiendo la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa ya que, se reitera, no tiene un carácter indemnizatorio, y el detrimento patrimonial tampoco podría equipararse a un daño como elemento constitutivo del régimen de responsabilidad, siendo dos ámbitos diferentes.

Pero, negar la vía de la acción contractual y permitir únicamente la de la reparación directa restringiría de forma desacertada los eventos en los cuales se podría configurar el enriquecimiento sin causa, ya que desconocería la posibilidad de que, existiendo de por medio un contrato, pudiera presentarse tal eventualidad, pues tal como se sustentó en un comienzo, los títulos jurídicos no son carta blanca que legitimen cualquier proceder de los contratantes, bajo un supuesto

amparo de encontrarse dentro de su ejecución, dado que una correcta interpretación de la realidad contractual necesariamente exige que se analice con mayor detalle la prestación en cuestión, verificando si esta encuentra soporte o contraprestación que la justifique. Como se indicó en su oportunidad, nuestro Código Civil consagra expresamente eventos de enriquecimiento sin causa a pesar de estar inmersos dentro de un contrato; lo mismo es predicable de códigos civiles más modernos como el alemán, y así ya fue aceptado por nuestra Corte Suprema de Justicia en el año 2009.

Luego, en nuestra opinión, dicha posición no solo causaría un retroceso en la consolidación jurídica de esta importante figura, sino que con ella se estaría vulnerando el principio constitucional de la equidad, al quedarse solo en la existencia formal de un contrato sin entrar a indagar sobre la reciprocidad y conmutatividad que debe existir entre sus prestaciones, para efectos de conservar la razonabilidad económica y propender a ella y al equilibrio contractual esperado.

• Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 2013 (C. P. Enrique Gil Botero). En este fallo se advierte cómo, de manera excepcional, se configura el enriquecimiento sin causa en razón a la autoridad o "imperium" ejercido por la administración sobre el contratista, lo que provocó e indujo el desplazamiento patrimonial en su beneficio, por fuera del contrato, puesto que ya había terminado, cohonestando que el servicio se siguiera prestando sin que hubiere habido consentimiento para ello, siendo la administración la causa eficiente para que ello ocurriera, pues si tal situación se originara por mera liberalidad, descuido, negligencia o dolo del contratista, la figura en mención no operaría.

• Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2013 (C. P. Danilo Rojas Betancourth). En este pronunciamiento se analiza cuál debe ser la acción procedente, teniendo en cuenta la causa del daño, ya que si se origina por un acto administrativo, será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; en cambio, si proviene de una acción, omisión o hecho de la Administración, la acción indicada será la de reparación directa; pero, si su fuente es contractual, la acción es la de controversias contractuales. Por ende, la indebida escogencia de la acción causaría un fallo inhibitorio. Por otro lado, frente al tema del enriquecimiento sin causa se advierte que la acción es netamente compensatoria y no resarcitoria, como mecanismo procesal subsidiario. En todo lo demás, reitera lo manifestado en el fallo unificado del año 2012, motivo por el cual nos remitimos a lo que en su momento manifestamos, al no compartir la posición del Consejo de Estado.

D) *Otros*

• Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 1º de diciembre de 1999. El Consejo de Estado de Colombia le solicitó la interpretación prejudicial respecto de los artículos 13, letra b; 15, letra e, 17 y 31 de la Decisión Andina 351 de 1993. En esta ocasión, el tribunal advirtió: "[...] El proceso tecnológico de la transmisión de sonidos o imágenes y sonidos no puede dar lugar a la apropiación del trabajo ajeno y de la propiedad intelectual, merecedora de la protección jurídica, ni procurar un enriquecimiento sin causa [...]". De ahí que se reconozca el *droit de suite*, el cual consiste en el derecho que tiene el creador de una obra de arte para recibir una participación económica por cada reventa posterior que se lleva a cabo del ejemplar de ella (dec. 351 de 1993, art. 16). En consecuencia, la retransmisión debe contar no solo con la autorización de los titulares de las obras que se transmiten, sino también de los organismos de radiodifusión de origen, que podrán autorizar o prohibir tales retransmisiones. Por ende, tales organismos tienen derecho a reclamar por la comunicación pública no autorizada, "[...] ya que de lo contrario no solo habría competencia desleal sino enriquecimiento sin causa [...]".

• Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01043505 de 17 de agosto de 2001, de Carmen Ligia Valderrama Rojas, jefe Oficina Jurídica. En este concepto se volvieron a reiterar solo los tres elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa. También se señaló que en aquellos contratos de prestación de servicios que le implicasen al contratante la entrega de un bien, existía, para el contratista, la obligación accesoria de su custodia hasta su entrega; y si no se reclamaba, debería iniciar el respectivo proceso, teniendo presente que, en todo caso, nunca se encontraría facultado para usarlo, ni mucho menos para disponer del bien, ya que se generaría un caso de enriquecimiento sin causa, puesto que no era su propietario. De ahí la invalidez de cláusulas como "[...] después de treinta días no se responde por el trabajo ni por el dinero depositado [...]".

• Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-41615 del 5 de junio de 2003. En este caso la Superintendencia señaló: "[...] el solo hecho de acometer actividades en detrimento de los intereses de terceros tipifica figuras como abuso del derecho, fraude a la ley y enriquecimiento sin causa [...]". Además, confirma que la causa que da origen al desplazamiento patrimonial puede provenir del enriquecido, de un tercero o de un acto involuntario, y no solamente del empobrecido.

Según esta corporación, en el enriquecimiento se toma un derecho de otro patrimonio sin autorización o se realizan actos de disposición o administración de bienes ajenos sin derecho. De ahí que la personificación jurídica no pueda servir de amparo para ello ni prestarse como instrumento para ese tipo de enriquecimientos.

• Ministerio de Hacienda. Concepto 43 de 1º de diciembre de 1993. De acuerdo con el concepto, la suma en favor de un contribuyente se debe devolver, porque es un pago en exceso y, por tanto, no debido, lo que generaría un enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones consagrado en la ley 153 de 1887.

• Ministerio de Hacienda. Concepto 16566 de 14 de junio de 2005. Se indica que la incorporación tanto de los ingresos como de los gastos en el presupuesto debe ser detallada, ya que nadie puede percibir contribuciones o impuestos que no aparezcan en el presupuesto (Const. Pol., art. 345), pues de lo contrario se conformaría un enriquecimiento sin causa. En consecuencia, se debe precisar la fuente del ingreso, pues sin fundamento jurídico no habría causa que justificara el enriquecimiento dado.

8. CONCLUSIONES

Para terminar, a continuación se reiteran las principales ideas que a lo largo del capítulo se fueron esbozando, para efectos de una mayor claridad de la exposición y de los planteamientos esgrimidos, al igual que se relacionan aportes complementarios, a saber:

• El enriquecimiento sin causa no solo es una de las fuentes no voluntarias de las obligaciones, sino también es un principio general del derecho.

• Aunque nuestro Código de Comercio lo consagró de manera positiva, su fuente está en el derecho natural y en la equidad, debiéndose su mayor desarrollo a la jurisprudencia y a la doctrina.

• El enriquecimiento sin causa no se puede confundir con figuras como el pago de lo no debido, una de sus especies, ni con el régimen de responsabilidad, ya que no se tiene en cuenta la imputación a ningún título, ni se está indemnizando un daño; simplemente se trata de restituir un desplazamiento patrimonial injustificado. De ahí que se restituyan solo de las dos cuantías —la del empobrecido o la del enriquecido—, la de menor valor.

• Solamente son tres los elementos que conforman el enriquecimiento sin causa, a saber: el enriquecimiento, el empobrecimiento correlativo y la ausencia de causa. No es exacto exigir una relación causal entre los dos primeros, ya que el origen del desplazamiento puede encontrarse en el enriquecido, en el empobrecido, en un hecho involuntario o por la intervención de un tercero; lo importante es que se trate de una única causa y que resulten correlativos.

• Ni la subsidiariedad ni el fraude a la ley son elementos constitutivos de la figura. Aquella no es exacta, ya que consideramos que puede coexistir con otras diferentes acciones, según se configuren o no sus condiciones, y quedará a opción del interesado proceder con la que mejor le convenga. En cuanto a la segunda exigencia, ella no es exclusiva de la figura en estudio, sino que se aplica a cualquier institución jurídica, y si se llegare a presentar fraude a la ley, simplemente no procedería ni la figura del enriquecimiento ni ninguna otra diferente de la respectiva sanción.

• En realidad, lo que resulta fundamental es la existencia de un enriquecimiento por el desplazamiento patrimonial (por ahora, pecuniario), sin un soporte jurídico que lo sustente, siendo totalmente indiferente que con dicha situación también se beneficie el empobrecido o que haya sido en su propio interés, ya que lo que no prohíja el derecho es el enriquecimiento sin título para ello. En términos coloquiales, diríamos que no resulta correcto ganarse lo que uno no ha luchado y más aún si es en detrimento de otro, aunque el favorecido no haya intervenido e incluso el empobrecido lo haya causado.

• Es un tema multidimensional que comprende: 1) lo jurídico: se requiere una causa directa próxima —entendida como fin y no como fuente— que justifique la contraprestación de la prestación, ya que no bastaría, por ejemplo, un eventual contrato para soportar todas las vicisitudes que podrían originarse; 2) lo social: para la comunidad es importante que exista equilibrio en las relaciones y que los desequilibrios estén justificados para lograr hacer entender al grupo social que "lo que no cuesta no vale"; 3) lo ético: ya que no es correcto usufructuar de algo por lo que no se ha hecho nada para merecerlo o beneficiarse de ello porque, aunque para beneficiarse siempre será a expensas de otro, debe existir una razón de equidad que lo ampare.

• En cuanto a la *actio in rem verso,* al no tener un término específico para incoarla, deberá tenerse en cuenta la consagración general prevista para la acción ordinaria, es decir, tendrá una prescripción de diez años,

según lo señalado en el artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo 8º de la ley 791 de 2002.

• Respetuosamente nos separamos de la posición que actualmente sostiene el Consejo de Estado, planteada en la sentencia de unificación de noviembre de 2012, antes referida, pues consideramos que por el solo hecho de existir una relación jurídica, un vínculo contractual, no por ello indefectiblemente dejaría inane la figura del enriquecimiento sin causa, ya que como de manera acertada lo ha consagrado nuestro legislador civil, existen casos en los que legalmente se ha reconocido la aplicación de la figura a pesar de encontrarse inmersos en un contrato. Posición que de manera brillante e inigualable fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 7 de octubre de 2009, en la cual se reitera que puede suceder que la relación jurídica contractual resulte distante de la situación de hecho generadora del enriquecimiento torticero y, por tanto, no encuentre justificación alguna en el contrato que vincula a las partes, sin que por ello se pudiera dejar de aplicar este principio general del derecho, aduciendo que el contrato previo impide alegar la falta de causa, puesto que resulta perentorio determinar si el desplazamiento patrimonial ocurrido encuentra o no su fundamento en tal relación contractual o si esta es totalmente ajena a lo sucedido, siendo entonces legítimo aplicar el postulado en estudio.

• Auspiciar el enriquecimiento sin causa sería incorrecto desde la perspectiva del derecho natural; luego, para terminar estas breves ideas, cabría preguntarse: ¿qué es, entonces, lo correcto? Citando a MARTIN LUTHER KING, Jr., responderíamos: "[...] La cobardía pregunta: ¿es seguro? La conveniencia pregunta: ¿es político? La vanidad pregunta: ¿es popular? Pero la conciencia pregunta: ¿es correcto? Y llega un momento en el que uno debe tomar una posición que no es segura, ni política ni popular; uno la asume porque es la correcta [...]".

9. BIBLIOGRAFÍA

A) *Textos*

ALBANESE, ANTONIO: *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa,* Padova, CEDAM, 2005, pág. 640.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO: *El enriquecimiento sin causa*, Granada, Comares, 1999, 190 págs.

ÁLVAREZ DE LA CÁMARA, MANUEL: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Madrid, Civitas, 1991.

Alzate Avendaño, Hernán: *El contrato de aparcería,* Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 1974.

Arias Roldán, Julio: "Enriquecimiento sin causa", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia,* núms. 204-205, julio-noviembre, Bogotá, 1974.

Basozabal Arrue, Xavier: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 364.

Bautista Quintero, Pedro E.: *Del enriquecimiento sin causa y sus aplicaciones en el derecho colombiano,* Pontificia Universidad Javeriana, 1970, 98 págs.

Berdugo Berdugo, Hernán: "El enriquecimiento sin causa como fuente de obligación", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núms. 204-205, julio-noviembre, Bogotá, 1974.

—: "El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia,* núms. 206-207, enero-junio, Bogotá, 1975.

Birks, Peter: *Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Buitrago Flórez, Diego: "Acción de enriquecimiento cambiario", en *Revista de Derecho Privado,* Santa Fe de Bogotá, febrero de 1998.

Cadavid de Botero, Myriam: *El enriquecimiento sin causa en el derecho civil,* Bogotá, 1989.

Chicangana Muñoz, Moisés: *Del enriquecimiento sin causa en el derecho colombiano,* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951.

Corredor Castillo, Andrea Catalina: *Situación jurídica consolidada en materia tributaria,* Bogotá, 2004.

De La Vega, Antonio: *Bases del derecho de obligaciones,* Bogotá, Edit. Temis, 1986.

Díez-Picazo, Luis María: *Sistema de derecho civil,* Madrid, Edit. Tecnos, 2002.

Díez-Picazo, Luis María y Gullón Antonio: *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1995, 408 págs.

Douchy, Mélina: *La notion de quasi-contrat en droit positif francais,* Paris, Economica, 2002.

Emiliani Román, Raimundo: *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones,* Santa Fe de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.

Espinel Castellanos, Agustín: *Algunos aspectos de enriquecimiento injusto,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1956.

Fábrega Ponce, Jorge: *El enriquecimiento sin causa*, Bogotá, Ed. Plaza & Janés, 1955.

FILIOS, CHRISTIAN P.: *L'enrichissement sans cause en droit privé francais: analyse interne et vues comparatives*, Bruxelles, Edit. Athènes, Sakkoulas.

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Instituciones de derecho civil moderno,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO: *Manual de contratación y responsabilidad de la administración,* Granada, Comares, 2004.

GÓMEZ DUQUE, ARTURO: *Derecho comercial,* Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1988.

GUEVARA LÓPEZ, LUIS ERNESTO: *El enriquecimiento sin causa,* Tunja, Universidad de Boyacá, s. d.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS: *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia: evolución jurisprudencial*, *1864-1990,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

JANER Y DURÁN, ENRIQUE DE: *El enriquecimiento sin causa*, *origen de instituciones administrativas*, Lima, Madrid Inst. de Estudios de Administración Local, 1955.

LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *El contrato en general*. *Cuasicontratos*, *enriquecimiento sin causa*, *responsabilidad extracontractual,* 3ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 1998.

LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN: *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

MAZEAUD, HENRI: *Lecciones de derecho civil: la responsabilidad civil. Los cuasicontratos*, t. II, vol. II, Paris, Ediciones Jurídicas Europa-América.

MÉNDEZ, ROSA M. y VILALTA, A. ESTHER: *El enriquecimiento injusto,* Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2000.

MONTOYA MENDIVELSO, ARQUÍMEDES: *Enriquecimiento sin causa,* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

MOSQUERA MOSQUERA, NEFTALÍ: *El enriquecimiento sin causa como fuente subsidiaria de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Libre, 1945.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: *El enriquecimiento sin causa en el derecho español,* Madrid, Reus, 1934.

ORAMAS GROSS, ALFONSO: *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones,* Guayaquil, Edino, 1988.

OSPINA ACOSTA, EDUARDO: *La lesión enorme en la cátedra y en el foro,* Bogotá, Edit. Temis, 2002.

PARRA DE PINILLOS, MARTHA SOFÍA: *La lesión enorme,* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1990.

Peña Nossa, Lisandro: *Curso de títulos valores,* Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1999.

Pérez Vives, Álvaro: *Teoría general de las obligaciones,* 2ª ed., vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 2009.

—: *De la responsabilidad de la administración por su enriquecimiento sin causa,* 2ª ed., vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 2009.

Pombo, Rafael: "El mosaico", en *Fábulas* 1ª a 7ª, *Escritos por un ingenio de esta Corte*, Bogotá, 1865.

Ragel Sánchez, Luis Felipe: *Derecho de obligaciones y contratos,* Cáceres, Librería Técnica Universitaria, 1997.

Ramírez, Carlos Arturo: *El enriquecimiento sin causa en el derecho privado colombiano,* Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1939.

Ramírez Baquero, Édgar: *Obligaciones y contratos. Ensayos,* Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013.

Rossi B., Eleonora *et al.*: "El enriquecimiento sin causa", en revista *Vniversitas*, núm. 59, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1980.

Ruiz Rueda, Jaime: *Manual de títulos valores,* Popayán, Universidad de Cauca, 2003.

Salvat, Raymundo Miguel: *Hechos ilícitos*, *enriquecimiento sin causa: apuntes para el curso de 1937,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1937.

Sanabria Gómez, Carmen Elvira: *El principio general del enriquecimiento sin causa*, Santa Fe de Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1994.

Sánchez M., Raúl H.: *Apuntes sobre el enriquecimiento sin causa*, Bogotá, 1938.

—: "Enriquecimiento sin causa", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 170, 1955.

Santaella Quintero, Héctor: "La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del estatuto orgánico del presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado", en *Revista de Derecho Fiscal*, núm. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Sarmiento Bejarano, Roberto y Flórez Aristizábal, Eduardo: *Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles*, Eduardo Devis Morales (Dir.), tesis de pregrado, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2002.

Suárez Camacho, Gustavo: "La responsabilidad precontractual del Estado", en *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, vol. 87, núm. 565, Santa Fe de Bogotá, Universidad de La Sabana, 1994.

Tafur Morales, Francisco: *La nueva jurisprudencia de la Corte*, Óptima, s. d.

TORINO, ENRIQUE: *Enriquecimiento sin causa*, *contribución a su estudio: seminario de derecho civil* (*año 1928*), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1929.

TRUJILLO CALLE, BERNARDO: *El enriquecimiento sin causa y especialmente el enriquecimiento sin causa con fundamento en el título valor*, Bogotá, Leyer, 1988.

V. TUHR ANDREAS y CONCORD. W., ROCES: *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Reus, 1934.

URIBE-HOLGUÍN, RICARDO*: De las obligaciones y del contrato en general*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de La Sabana, 1982.

ZIMMERMANN, REINHARD: *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000.

ZULUAGA GIRALDO, PAULA ANDREA: *La prescripción en el proceso ejecutivo y su consecuencia en la acción de enriquecimiento sin causa*, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2003.

ZULUAGA PINEDA, ÉDGAR: *Del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones*.

ZWEIGERT, KONRAD: *Introducción al derecho comparado*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

ZWEIGERT, KONRAD y KOTZ, HEIN: *Introduction to comparative law,* 1998, Oxford, Clarendon Press.

B) *Jurisprudencia*

a) *Corte Constitucional*

Sent. de 14 junio 2006.

Sent. de 10 agosto 2004.

Sent. de 28 octubre 2003.

Sent. de 29 junio 2000.

Sent. de 3 junio 1997.

Sent. de 6 noviembre 1996.

Sent. de 17 mayo 1995.

b) *Corte Suprema de Justicia*

Sala de Casación Civil, sent. de 7 octubre 2009, exp. 05360-31-03-001-2003-00164, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 de agosto 2007, exp. 1997-01846-01, M. P. Pedo Octavio Munar Cadena.

Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2007, exp. 20001 31 03 002 2002 00046 01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Sala de Casación Civil, sent. de 26 junio 2007, exp. 20001 31 03 002 2002 00046 01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. Salvamento de voto de Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 junio 2006, exp. 13373, M. P. César Julio Valencia Copete.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 julio 2005, exp. 0335, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 abril 2005, exp. 19155, Salvamento de voto de Edgardo Villamil Portilla.

Sala de Casación Laboral, sent. de 24 junio 2005, exp. 23643, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Sala de Casación Civil, sent. de 16 diciembre 2004, exp. 00291, M. P. César Julio Valencia Copete.

Sala de Casación Civil, exp. A-147-2003 [00070-01] de 2003, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Sala de Casación Civil, sent. de 7 junio 2002, exp. 7360, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 mayo 2002, exp. 7061, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 28 agosto 2001, exp. 6673, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 2001, exp. 6150, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, exp. 6550, M. P. Jorge Santos Ballesteros.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 marzo 2001, exp. 6550, Aclaración de voto de Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 25 de octubre de 2000, exp. 5744, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 11 enero 2000, exp. 5208, M. P. Manuel Ardila Velásquez.

Sala de Casación Civil, sent. de 10 diciembre 1999, exp. 5294, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sala de Casación Civil, sent. de 15 noviembre 1991, M. P. Rafael Romero Sierra.

Sala de Casación Civil, sent. de 22 febrero 1991, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 13 marzo 1990, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 18 agosto 1989, M. P. Alberto Ospina Botero.

Sala de Casación Civil, sent. de 5 diciembre 1983, M. P., Héctor Gómez Uribe.

Sala de Casación Civil, sent. de 2 febrero 1953, M. P. Manuel José Vargas.

Sala de Casación Civil, sent. de 21 noviembre 1944, M. P. Hernán Salamanca.

Sala de Casación Civil, sent. de 4 febrero 1944, M. P. José M. Blanco Núñez.

Sala de Casación Civil, sent. de 30 julio 1941, M. P. Hernán Salamanca.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 septiembre 1940, M. P. Hernán Salamanca.

Sala de Casación Civil, sent. de 6 octubre 1937, M. P. Liborio Escallón.

Sala de Casación Civil, sent. de 14 abril 1937, M. P. Liborio Escallón.

Sala de Casación Civil, sent. de 19 noviembre 1936, M. P. Juan Francisco Mujica.

Sala de Negocios Generales, sent. de 6 septiembre 1935, M. P. Eleuterio Serna R.

c) *Consejo de Estado*

Sección Tercera, exp. 26847 de mayo 2013.

Sección Tercera, exp.19.045 de 30 enero 2013.

Sección Tercera, exp. 24.897 de 19 noviembre 2012.

Sección Tercera, exp. 47001-23-31-000-2001-00399-01 (26758) de mayo de 2011.

Sección Tercera, exp. 17811 de abril de 2010.

Sección Tercera, exp. 29402 de mayo de 2010.

Sección Tercera, exp. 37243 de octubre de 2009.

Sección Tercera, exp. 35026 de julio 2009.

Sección Tercera, exp. 15652 de mayo 2009.

Sección Tercera, exp. 15906 de abril 2009.

Sección Tercera, exp. 14.669 de junio de 2007.

Sección Cuarta, exp. 25000-23-27-000-2002-01194-01-14513 de 2006.

Sección Tercera, exp. 23001-23-31-000-1996-08137-01 (18398) de 2006.

Sección Tercera, exp. 25662 de 2006.

Sección Tercera, exp. 25662 de 2006.

Sección Cuarta, exp. 14443 de 2006.

Sección Tercera, exp. 3584 de 2005.

Sección Tercera, exp. 20746 de julio de 2002.

Sección Segunda, sent. 230 de 2001.

Sección Segunda, exp. N1257-99 de 1999.

Sección Segunda, exp. 980260-1257-99 de 1999.

Sección Segunda, exp. 15801 de 1998.

Sección Tercera, exp. 11099 de 1998.
Sección Tercera, exp. N11099 de 1998.
Sección Segunda, exp. N15801 de 1998.
Sección Tercera, exp. N9718 de 1997.
Sección Tercera, exp. N10030 de 1997.
Sección Cuarta, exp. N8525 de 1997.
Sección Tercera, exp.10030 de 1997.
Sección Cuarta, exp. 8525 de 1997.
Sección Tercera, exp. 9718 de 1997.
Sección Tercera, exp. 9409 de 1996.
Sección Tercera, exp. N9409 de 1996.
Sección Segunda, exp. N8996 de 1996.
Sección Segunda, exp. N12479 de 1996.
Sección Tercera, exp. N8118 de 1995.
Sección Primera, exp. 2919 de 1995.
Sección Tercera, exp.7356 de 1993.
Sección Tercera, exp. N7356 de 1993.
Sección Primera, exp. 2096 de 1993.
Sección Primera, exp. N2096 de 1993.
Sección Tercera, exp. N6822 de 1992.
Sección Tercera, exp. N6788 de 1992.
Sección Tercera, exp. N5876 de 1992.
Sección Tercera, exp. 6822 de 1992.
Sección Tercera, exp. 6788 de 1992.
Sección Tercera, exp. 5876 de 1992.
Sección Tercera, exp. 5618 de 1991.
Sección Tercera, exp. 5686 de 1991.
Sección Tercera, exp. 6103 de 1991.
Sección Tercera, exp. 5579 de 1990.
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. S-021 de 1990.
Sección Tercera, exp. 5883 de 1990.
Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 097 de 1987.
Sección Tercera, exp. 3989 de 1987.
Sección Tercera, exp. 3785 de 1986.

d) *Tribunal Superior del Distrito Judicial*

Sala Civil de Decisión, sent. de 18 marzo 2003, M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

Sala Civil de Decisión, sent. de 8 abril 2003, M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

e) *Conceptos*

Comunidad Andina de Naciones, proceso 65-IP-2004 de 30 junio 2004.

Contraloría General de la República, concepto jurídico 31879 de 10 junio 2005.

Contraloría General de la República, concepto jurídico 4832 de 6 febrero 2007.

Procuraduría General de la Nación, concepto 4040 de 31 enero 2006.

Superintendencia de Sociedades, concepto 220-41615 de 25 junio 2003.

Superintendencia Nacional de Salud, concepto 8002-1-158541 de 2005.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Abeliuk Manasevich, René: 249, 402, 410, 437, 450.
Agoglia: 14.
Albaladejo García, Manuel: 53, 55, 63, 432, 433.
Alcalde Rodríguez, Enrique: 151, 152, 310.
Alessandri Rodríguez, Arturo: 54, 358, 370, 438.
Alexy, Robert: 97.
Almosnino: 466.
Alterini, Atilio Aníbal: 38, 44, 64.
Álvarez Correa, Eduardo: 52, 197.
Álvarez Gómez, Marco Antonio: 235.
Alzate Hernández, Cristóbal: 47.
Anguita, Elgueta: 310.
Aristóteles: 430.
Arrubla Paucar, Jaime Alberto: 54, 105, 152, 342, 381, 385, 406.
Ascarelli, Tullio: 91.
Asquini, Alberto: 111.
Aubry: 249, 465, 466.

— B —

Ballesteros Garrido, José Antonio: 365.
Barde: 57.
Barrera Tapias, Carlos Darío: 401, 402, 405, 410.
Barros Errázuriz, Alfredo: 49, 53, 249.
Bartin: 466.
Baudry-Lacantinerie, Gabriel: 57, 249.
Bello, Andrés: 273, 294, 311, 328, 467.
Beltrán Alandete, T.: 62.
Bentham, Jeremy: 265.
Berlier: 240.
Betti, Emilio: 261, 319, 320, 325.
Bianca, Massimo: 17, 94, 355, 385.
Bigliazzi Geri, Lina: 2.
Bonnecase: 192.
Botero Aristizábal, Luis Felipe: 368, 372.
Bouché: 473.
Boudier: 466, 474.
Boulanger, Jean: 184, 207.
Breccia, Umberto: 44, 68.
Brugi, Biagio: 434.

— C —

Calvo, Alfonso: 51.
Capitant, Henri: 271, 284, 328, 410, 423.
Capitant, René: 437.
Caprile Biermann, Bruno: 308.
Carbonnier, Jean: 410, 433, 437.
Cárdenas Quirós, Carlos: 5.
Caro Nieto, Juan: 121, 129, 130.
Carranza Álvarez, César: 150.
Carresi, Franco: 432.
Carrizosa Pardo, Hernando: 424, 425, 428.
Cassin, R.: 123.
Castán Tobeñas: 61.
Castrillón y Luna, Víctor M.: 154.
Catala: 249.
Cepeda, Manuel José: 105.
Chuliá Vicent, E.: 62.
Cicerón: 75.
Cifuentes, Santos: 323, 350, 351.
Claro Solar, Luis: 47, 56, 57, 240, 328.
Clemente Meoro, Mario E.: 307, 310, 387.
Colin, Ambroise: 271, 328, 410, 423, 437.
Correa Arango, Gabriel: 59.
Coviello, Nicolás: 385.
Cubides Camacho, Jorge: 165, 193, 197, 403, 437, 440, 462.

— D —

Dabin, Jean: 96.
De Castro y Bravo, Federico: 322, 327, 328, 329, 330, 335, 338, 339, 342.
De Coulanges, Fustel: 430.
De Gasperi, Luis: 425, 426.
Deik, Aguad: 310.
Dekkers: 240.
Dell'Aquila, Enrico: 387.
Del Vecchio, Giorgio: 184, 401.
Demogue: 466.
Demolombe: 30.
Denning, Lord: 139.

De Ruggiero, Roberto: 44, 49.
De Segogne: 249.
Devis Echandía, Hernando: 132.
Díaz Bravo, Arturo: 154.
Díez-Picazo, Luis: 1, 22, 28, 30, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 62, 112, 44, 95, 370, 387.
Domat: 334, 465.

— E —

Eismein: 284.
Emiliani Román, Raimundo: 38, 462, 466, 475.
Enneccerus, Ludwig: 287.
Escobar Sanín, Gabriel: 21, 26, 265.
Esmein, Paul: 415.
Espert Sanz, Vicente: 125, 131.
Esser: 338.
Estevill: 249.
Estrada, Alexei Julio: 97.

— F —

Faggella: 3.
Fernández de la Gándara, Luis: 51.
Ferrara: 83.
Ferreira Rubio, Delia Matilde: 339, 340.
Ferri, Luigi: 90, 261, 321, 323, 325, 327, 341.
Flah, Lily R.: 128, 154.
Fueyo Lanieri, Fernando: 360.

— G —

Galgano, Francesco: 91, 92.
Gamboa Morales, Luis Carlos: 355.
García Goyena: 339.
García Valles, Ricardo: 239.
Garrigues, Joaquín: 345.
Gaudemet, Eugène: 38.
Gayo: 436.
Genicon: 310.
Genovese, Anteo: 109.
Geri, Bigliazzi: 20.
Ghestin, Jacques: 149, 150, 405.
Giordano, Alessandro: 109.
Giraldo Bustamante, Carlos Julio: 37.
Gómez Vásquez, Carlos: 54.
Gorphe: 340.
Grocio: 265.
Gullón: 42, 43, 44, 45, 62.
Gullón, Antonio: 37, 38, 72.

— H —

Habermas, Jürgen: 90.
Hattenhauer, Hans: 91.
Hauriou: 124.
Hedemann: 83.
Hinestrosa, Fernando: 199, 361, 366, 380.
Holguín Holguín, Carlos: 92.
Humboldt, G.: 319.

— I —

Ibáñez, Carlos Miguel: 387.
Iglesias, Juan: 415, 420, 450.
v. Ihering: 3, 17, 325.
Irti, Natalino: 2, 93, 95.

— J —

Jaramillo J., Carlos Ignacio: 10.
Jiménez, William: 137, 156.
Josserand, Louis: 60, 192, 198, 237, 249, 356, 413, 476, 486.
Juan XXIII: 429.
Justiniano: 254.

— K —

Kemelmajer de Carlucci, Aída: 384.
Koschembar-Lyskowski: 466.

— L —

Lafont Pianetta, Pedro: 41.
Larenz, Karl: 104, 109, 127.
Larroumet, Christian: 43, 44, 45, 49, 124, 388.
Laski, Harold: 90.
Laurent: 249.
Leclerq, Jacques: 430, 473.
Léoty: 249.
Lequette, Yves: 438, 439, 449.
Le Tourneau, Philippe: 8.
Lipps: 265.
Lorenzetti, Ricardo Luis: 139, 140, 141, 142.
Loubers: 466.
Lucca: 466.
Luhmann, Niklas: 91.
Lukes: 345.
Luther King, Martin, Jr.: 496.

— M —

Manrique, Carlos: 399.
Mantilla Espinosa, Fabricio: 393.
Marrella, Fabricio: 92.
Martínez Gallego, Eva: 21, 22, 23, 27.
Martínez Neira, Néstor Humberto: 66.
Masnatta, Héctor: 61.

Maury, Jacques: 284, 466, 477.
Mazeaud, Henri: 55, 65, 67, 68, 88, 249, 436.
Mazeaud, Jean: 55, 65, 67, 68, 88, 249.
Mazeaud, Léon: 55, 65, 67, 68, 88, 249, 436.
Melich Orsini, José: 261, 265, 268.
Mendoza Ramírez, Álvaro: 106.
Mengoni, Luigi: 95.
Messineo, Francesco: 18, 23, 24, 53, 56, 61, 64, 322, 329, 331, 332, 404, 405, 410, 421, 432.
Modestino: 420.
Monsalve Caballero, Vladimir: 5, 11, 12.
Morales, Alfredo: 51.
Moreno Jaramillo, Miguel: 49.
Mosset Iturraspe, Jorge: 3, 42, 48, 346.
Munar Cadena, Pedro Octavio: 1.

— N —

Narváez García, José Ignacio: 25, 27, 481.

— O —

Oertmann: 127.
Oppo, Giorgio: 2, 94.
Ortiz, Elgueta: 310.
Ospina Acosta, Eduardo: 48, 52, 55, 165, 182, 184, 188, 189, 194, 198, 210, 219, 227, 245.
Ospina Fernández, Guillermo: 24, 25, 29, 30, 48, 52, 55, 165, 182, 184, 188, 189, 194, 210, 219, 227, 245, 365, 376, 377, 378.
Oviedo Albán, Jorge: 92, 130, 150, 384.

— P —

Palacios Mejía, Hugo: 58, 59.
Papiniano: 330.
Paredes Hernández, Alonso: 163, 412.
Peña Castrillón, Gilberto: 106.
Pereira Fredes, Esteban: 151.
Pérez Vives, Álvaro: 53, 132, 145, 239.
Pinzón Sánchez, Jorge: 75, 88.
Planiol, Marcel: 42, 45, 46, 48, 52, 55, 66, 187, 249, 284, 356, 370, 375, 410, 415, 466.
Platón: 75.
Polacco: 249.
Pomponius: 463.
Portalis: 240.
Pothier, Robert: 23, 55, 42, 198, 240, 249, 271, 465, 468.
Prada Márquez, Yolima: 459.
Priore Estacailla, Jorge: 307.
Pufendorf: 265.

— R —

Ramírez Baquero, Édgar: 100, 461, 479, 480.
Rau: 249, 465, 466.
Raynand: 249.
Remolina, Nelson: 468.
Rengifo García, Ernesto: 372.
Ripert, Georges: 42, 45, 46, 48, 52, 55, 66, 82, 89, 90, 184, 187, 207, 232, 238, 270, 466, 469, 486.
Rivera Rivera, Julio César: 130.
Rodríguez Azuero, Sergio: 44, 50, 62.
Rodríguez Fonnegra, Jaime: 238, 243.
Romero Sierra, Rafael: 261.
Rouast: 466, 477.
Rousseau, Jean Jacques: 265.
Royo Martínez, Miguel: 433.

— S —

Sabinus: 463.
Saleilles: 3.
Sarria, Eustorgio: 132.
Savigny: 91.
Silva Avendaño, Catalina: 360.
Simler, Philippe: 438, 439, 449.
Smayesvsky, Miriam: 128, 154.
Solazzi: 249.
Somarriva Undurraga, Manuel: 249, 434, 438.
Soto Coaguila, Carlos Alberto: 346.
Spota, Alberto: 40.
Stambler: 466.
Stiglitz, Rubén S.: 6, 7, 8, 20, 340.
Suárez Franco, Roberto: 431, 433, 434.
Suescún Melo, Jorge: 25, 404.

— T —

Tafur Morales, Francisco: 463, 465, 466.
Tamayo Jaramillo, Javier: 13.
Tamayo Lombana, Alberto: 194, 232, 401, 408, 409, 411, 436, 445.
Teisseire: 466.
Terré, François: 249, 410, 438, 439, 449.
Troplong: 249.
v. Tuhr, Andreas: 23, 24, 287.

— U —

Uribe Holguín, Ricardo: 357, 379, 380.

— V —

Valencia Restrepo, Hernán: 338.
Valencia Zea, Arturo: 251, 241.
Vallejo Mejía, Jesús: 40, 44.
Vallespinos, Carlos Gustavo: 334.
Valls: 249.
Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo: 450.
Vélez, Fernando: 437.
Venegas Grau, María: 96.
Viney, Geneviève: 20.
Vodanovich, Antonio: 438.

— W —

Waline, Marcel: 123.
Weill: 249.
Weingarten, Celia: 14.

— Z —

Zacharie: 466.
Zagrebelsky, Gustavo: 338.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Código Civil

Art.	Pág.
6º	248
9º	170, 183, 387
15	60, 262, 367, 369
16	60, 65, 262, 367, 369, 385
27	322
30	164
34	180
52	432
113	395
213	433
219	435
239	435
246	435
411	395
424	195
738	472, 481
739	473, 481
768	4
830	370
898	199
961	380, 473
964	4
965	451
966	451
1055	423, 424
1057	425
1059	423, 426
1060	426
1064	424
1067	424
1070	424
1071	424
1073	424
1087	424
1104	47
1127	324
1134	123
1198	146
1226	68
1234	47
1291	245, 431

Código Civil

Art.	Pág.
1295	431
1321	94
1352	71
1353	71
1370	106
1390	71
1405	244
1423	429
1432	71
1437	71
1438	71, 360
1467	127
1480	46
1489	222
1494	164
1494	165, 173, 261, 401, 402, 405, 428, 429
	438
1495	40, 261, 360, 361
1496	40, 52, 86, 376, 404
1497	41
1498	48, 86, 139, 146, 239, 392
1500	31, 40, 174, 201
1501	79, 164, 166, 197, 198, 368, 370, 372
1502	65, 166, 173, 177, 182, 397
1503	86, 178
1504	178, 181
1505	415
1508	86, 182, 216
1509	183, 192
1510	17, 80, 185
1511	17, 81, 186, 187, 194
1512	81, 188, 192, 194
1513	189, 190
1514	189
1515	17, 192, 473
1516	86
1518	172
1518	173, 192, 404
1519	195
1520	195
1521	195

Código Civil

Art.	Pág.
1522	99
1524	187, 193, 193, 216
1525	208, 451
1527	221, 448
1535	169
1536	368
1537	308
1544	267, 368
1545	267
1546	57, 267, 268, 272, 273, 274, 275, 276
	277, 280, 286, 291, 293, 294, 296, 297
	298, 299, 303, 305, 308, 312, 313, 314
	363, 369, 381, 382, 388, 390
1551	370
1567	266
1570	46
1594	295, 295, 296, 308, 312
1595	295
1601	245
1602	40, 104, 135, 261, 262, 263, 265, 266
	276, 279, 280, 282, 285, 291, 292, 293
	298, 301, 302, 313, 314, 333, 357, 358
	359, 360, 367, 370, 380, 382, 393, 396
	397, 398
1603	7, 88, 116, 150, 151, 170, 239, 347, 369
	373, 375, 386
1604	46, 87, 443
1605	378
1606	378
1607	57, 283, 376, 378
1608	311
1609	277, 282, 283, 286, 287, 288, 293, 294
	295, 296, 297, 298, 303, 308, 311, 312
	377, 381
1610	121, 295
1611	2, 418
1613	379
1615	282, 288, 295, 296
1618	105, 183, 263, 322, 328, 329, 330, 343
	386
1619	328, 330, 386
1620	111, 207, 209, 328, 331, 332, 333, 386
1621	109, 110, 111, 328, 331, 332, 369, 386
1622	328, 329, 330, 331, 386
1623	328, 332, 386
1624	105, 106, 328, 332, 342, 386
1625	220, 265, 266, 267, 280, 292, 294, 298
	302, 304, 313, 314, 360, 361, 375, 380
	382, 383, 398
1626	249, 361
1627	249, 361, 362, 364, 368
1630	449
1634	4
1649	362, 363, 364
1651	59
1687	249
1690	249
1729	378
1730	379
1731	295
1733	295
1740	197, 266, 383
1741	17, 195, 200, 201, 209, 266, 383, 412
1742	210, 212, 414
1743	17, 218, 412
1744	218
1745	86, 216, 218
1746	205, 208, 220, 222
1747	208, 221, 473, 482
1748	221, 222, 224
1750	216, 219, 225
1751	219
1754	215
1766	225
1773	196
1794	219
1857	2
1858	176, 371
1859	371, 373
1861	371
1869	172
1876	144
1879	371
1909	267
1930	267, 296
1932	267
1942	94
1946	86, 254
1947	244
1948	217, 247
1949	254
1951	217, 247
1954	86, 247
1958	244
1979	176, 371
1994	165
2008	370
2009	40, 371, 372
2060	479
2066	371

Código Civil

Art.	Pág.
2151	30
2155	46
2186	225
2189	371
2191	371
2193	371
2200	2
2202	57
2222	2
2223	453
2224	362
2231	245
2243	474
2282	146
2302	165, 402, 438
2304	442
2305	441
2306	441, 443
2307	443
2308	444
2309	444, 474
2310	474
2313	447, 482
2314	448
2315	205, 449
2316	450
2317	450
2318	450
2319	451
2320	451
2321	479, 482
2322	452, 453
2323	244
2326	453
2327	454
2328	454
2329	454
2338	454
2340	453
2341	484
2343	474
2411	2
2434	2
2455	245
2466	245
2491	46, 223, 225, 381
2536	498

Código Contencioso Administrativo

Art.	Pág.
85	492

Código de Comercio

3º	110, 172
4º	110
5º	110
6º	110
7º	93, 110
8º	110
9º	110
10	76
20	83, 86, 146
21	246
22	116, 246
101	194
110	228, 370, 384
112	224
122	170
131	170
196	224
198	228, 231, 384
206	371
262	231
294	228
300	224
318	384
502	222
524	228, 384
625	166
670	231
822	86, 164, 337
824	173
830	65, 89, 97, 100, 341, 345, 346, 374, 375
831	150, 239, 341, 470
832	415
833	415
835	337
843	224
845	22, 23, 28, 168, 407
846	24, 25, 409, 410
847	16, 26, 32
848	26, 29, 408
849	408
850	26, 28, 29, 31, 407
851	28, 29, 31, 407
852	28, 29

Código de Comercio

Art.	Pág.
853	28, 29, 408
854	29, 65
855	28, 29, 408
856	26, 418, 419, 420
857	27, 420
858	410
860	33
862	21
863	7, 19, 89, 239, 339
864	28, 31, 94
866	371, 373
868	40, 59, 86, 121, 127, 129, 131, 137, 138
	141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 155
	229, 239, 392, 394
870	305, 369, 388
871	7, 88, 97, 109, 116, 150, 171, 303, 337
	339, 347, 348, 373, 375, 386
872	49, 239
873	40
882	470, 487, 489
884	245
887	40
897	85, 100, 227, 231, 383, 384, 411
898	205, 384, 414
899	100, 199, 227, 384, 385
900	17, 199, 219, 227, 384
901	223, 224, 227, 384
902	208, 384, 385
903	384, 385, 386
904	209, 384, 385, 387
920	86, 185, 239
926	86
929	144, 380
930	380
953	224
977	370, 371
978	87
981	87
983	87
992	87, 384
1001	87
1002	371
1047	87, 100
1057	6
1071	371
1077	99
1080	99
1096	365
1159	371
1162	99

Código de Comercio

Art.	Pág.
1169	86
1208	224
1240	370
1240	371
1244	231
1261	371
1279	371
1283	371
1320	224
1324	183, 371, 372
1328	231
1406	371
1419	371
1553	86
1620	371
1875	87
1878	371

Código de Procedimiento Civil

6º	213
47	445
189	117
190	117
233	180
305	213
488	365, 366
495	366

Código General del Proceso

57	446
422	365, 366
428	366

Código Sustantivo del Trabajo

64	371

Constitución Política

1º	83, 103, 213, 471
3º	83
5º	431
6º	213
13	347, 349
34	486
42	431
78	7
95	103

Constitución Política

Art.	Pág.
95	373, 375
122	213
228	202, 306
230	78, 213, 464, 470, 471, 489
333	95
345	496

Decretos

Núm.	Año	Pág.
1056	1953	395
3466	1982	14, 264
351	1993	495
2150	1995	486
2651	1998	214
498	2000	264
1567	2001	264
578	2002	264
1042	2003	264
3130	2003	264
51	2004	264
975	2004	264
1789	2004	264
2696	2004	116

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Art.	Pág.
98	81, 84, 114
133	101, 102
146	113
184	99, 113
984	102

Leyes

Núm.	Año	Pág.
57	1887	254, 402
153	1887	52, 88, 94, 138, 200, 229, 245, 363, 392, 433, 470, 489, 496
51	1918	21
45	1936	433
50	1936	209, 211, 215
201	1959	190
75	1968	434, 436, 437
27	1977	181
57	1987	247
45	1990	245
80	1993	138, 152, 253, 371, 394, 491
142	1994	79, 83, 101, 104, 111, 112, 115, 116, 117, 348, 371
179	1994	492
222	1995	228
256	1995	98
256	1996	76, 86
446	1998	214, 228, 385
488	1998	486
510	1999	245
518	1999	93
546	1999	155, 156, 158, 264
788	2002	486
791	2002	498
793	2002	421
795	2003	84, 113
797	2003	487
820	2003	264, 371
1060	2006	433
1116	2006	381
1328	2009	84
1564	2010	160
1453	2011	421
1480	2011	7, 10, 14, 16, 82, 347, 348, 349
1563	2012	385, 395

ÍNDICE DE MATERIAS

— A —

Abuso de posición dominante
(buena fe y): 116;
(contratante y): 102-103;
control legal: 116;
(indemnización en): 102;
jurisprudencia: 103;
legislación: 102-103.

Acción
de ineficacia
(extinción por): 206;
por prescripción: 206;
de nulidad
absoluta: 412;
finalidad: 412;
relativa: 412;
de simulación
aplicación: 203;
tratamiento: 203;
y declaratoria de inexistencia: 203;
pauliana
o revocatoria: 46;
(protección en): 225;
(tenedor de buena fe y): 225;
resolutoria
(contratos y): 284-285;
fundamento: 271-276;
(mora y): 288-289, 310;
por incumplimiento: 296-297;
por mutuo incumplimiento: 276-282;
y equilibrio de las partes: 284-285;
(titulares de la)
definición: 217;
e incapacidad: 218-219;
incapacidad relativa: 217.

Aceptación de herencia o legado
(acción oblicua en): 429;
(acreedor en): 429;
(asignatario en): 430-431;
como acto jurídico: 431;
como acto unilateral: 428;
expresa: 431;
(heredero en): 430;
(obligaciones en): 428, 429, 430;
(opción en): 430;
(plazo en): 430;
tácita: 431.

Acto (s)
aparente
casos: 203;
concepto: 203;
e inexistencia: 203, 204;
(conservación del)
como principio: 207-209;
disposiciones: 207-209;
y conversión: 207;
volitivo
del destinatario: 406;
del oferente: 405;
jurídico (s)
aceptación de herencia: 402;
causa
lícita: 193;
real: 193;
(definición de): 165-166;
(elementos del): 404;
(existencia del)
condiciones: 164-176;
elementos: 164-176;
objeto jurídico: 169-173;
precisión temporal: 168;
(ineficacia del)
concepto: 163;
declaración: 412;
e inexistencia: 411;
intervención del juez: 163;
inexistentes: 414;
(inoponibilidad del): 223-227;
objeto
concepto: 177;
ilícito: 195-196;
lícito: 195;
(ofertas como): 406-411;
(promesa y): 418;
solemnidades: 173-176;

Acto (s) (cont.)
testamentario
interpretación: 323-324;
normativa: 324;
y contrato: 323-324;
unilateral
aceptación de herencia o legado: 428-431;
concepto: 423;
(contrato y): 404;
(cuasicontratos y): 438-455;
e hijo extramatrimonial: 431-438;
efectos jurídicos: 423-424;
fuente: 404;
(obligaciones y): 402;
promesa de recompensa: 416-422;
ratificación: 411-416;
(recompensa como): 419-420;
testamento: 422-428;
(voluntad en): 404;
(validez del)
condiciones: 176-196;
y causa: 193-195;
y limitaciones: 176;
véase: *Contrato*;
y hecho jurídico
diferencias: 402-403, 439-440;
estructura: 403;
(voluntad en): 403-404;
y nulidad
absoluta: 206;
relativa: 206.

Adhesión
y conflicto (s)
consentimiento: 79-85;
en servicios públicos: 79;
límites a la libertad: 78-79;
por autonomía: 77;
por condiciones generales: 77-97;
y desigualdad
material: 97;
remedio: 97.

Agencia oficiosa
(beneficiado en): 442;
(cuasicontrato de): 440-446;
(definición de): 441-442;
efectos frente a terceros: 445;
(enriquecimiento sin causa y): 440-441;
(médicos y): 441;
obligaciones del agente: 441, 442, 443-444;
origen: 440;
y derecho procesal: 445-446;
y prohibición del interesado: 444-445.

Alea
convencional: 50;
normal: 50.

Anulación del contrato
causales: 383, 384;
y extinción: 383-387.

Autonomía
contractual
límites: 262;
(obligaciones y): 262;
(postulado de la): 261-264;
(recortes a la): 264;
regla de oro: 263-264;
de la voluntad
(libertad contractual y): 367, 368:
y cláusulas condicionales: 367-369;
y orden público: 367;
y adhesión
condiciones generales: 77-97;
conflictos: 77.

— B —

Buena fe como principio
(concepto de): 339-341;
(extinción del contrato y): 372, 373;
interpretación: 340;
significado: 3-4;
(sistema jurídico y): 4.
tratos preparatorios: 4-5;
y revocatoria unilateral: 372, 374.

— C —

Capacidad
administrativa
(contrato y): 46-47;
(mandatario y): 47;
en acto jurídico
limitaciones: 176-177;
(sujeto y): 176, 177;
legal
como requisito: 177;
(incapacidad y): 177-178.

Carta de intención
contenido: 20;
(negociación en): 20.

Caso fortuito
ejecución de obligaciones: 57;
en contrato bilateral: 57;
en teoría de los riesgos: 57.

Causa del acto jurídico
lícita: 193, 195;
real: 193, 194-195.

Cláusula (s)
abusivas
(adhesión y): 84, 85, 342, 345-346;
(deber de buena fe y): 346;
(listas negras y): 348;
prohibición: 348, 349;
(vigilancia a): 84-85;
ambiguas
(adherente y): 105-106;
reglas de interpretación: 105, 106;
clarísimas
(contrato adhesivo y): 106-107;
(predisponente y): 106;
condicionales
(autonomía en): 367;
(contrato y): 367-369;
favorables
al consumidor: 349;
aplicación: 349;
pacta sunt servanda: 156;
predispuestas
(contratista y): 107,108;
Interpretación: 107-108;
rebus sic stantibus: 156.

Comunero (s)
(derechos del): 453;
(obligaciones de los): 453;
(cuota del)
y obligaciones: 454;
y provecho: 451-454.

Comunidad
(administración de la)
situaciones: 454;
y ley de mayorías: 454;
(comunero y): 452-453;
(definición de): 452;
(equidad y): 453-454;
(existencia de la)
y terminación: 454-455;
incidental: 452;
origen: 452;
sobre cosa universal: 453;
voluntaria: 452.

Condición resolutoria tácita
(comodato y): 57;
en contrato bilateral: 57;
(contratantes y): 271-276;
(teoría de la): 267-271.

Consentimiento
exento de vicios: 177;
(formación del)
e invalidez del contrato: 80-81;
y adhesión: 80;
y cláusulas abusivas: 84-85;
y compraventa: 81-82;
y el consumidor adherente: 82-83;
y estipulación exorbitante: 81;
(vicios del)
en acto jurídico: 182-196;
y voluntad: 182.

Constitución
económica
(contratación masiva y): 95;
y libertad contractual: 94-97.
Consumidor (protección al)
e información: 7;
legislación: 7;
normas legales: 98-99;
principios: 98;
y buenas costumbres: 98.

Contratación
contemporánea
(adhesión y): 76;
(estandarización en): 76, 77;
masiva
(aplicación de principios en): 96;
(contrato y): 85-89;
(incorporación de leyes en): 94-95;
(protección en): 85;
responsabilidad: 85;
(voluntad en): 109;
y autonomía privada: 94;
y principios Unidroit: 92;
por concurso
concurrencia de oferentes: 34;
convocatoria: 33;
etapas: 33-34;
selección: 34.

Contrato (s)
aleatorio
(condición suspensiva en): 48-49;
importancia: 51-52;
(incertidumbre en): 47-48;
(riesgo en): 49-50;
bilateral (es)
(acción de cumplimiento en): 291;
(allanamiento en): 290;
(carga del riesgo en): 295;
(desatención recíproca en): 296;
(disolución del): 291-292;

Contrato (s) (cont.)
(incumplimiento en): 285-288;
ley para las partes: 292-293;
(mutuo incumplimiento en): 294-295, 296;
no cumplido: 294;
y resarcimiento de perjuicios: 288;
(calificación de los)
interés: 37;
y relaciones jurídicas: 37;
atípicos: 60, 62-64;
categorías: 40-41;
criterios: 39-40;
importancia: 38;
típicos: 60-62;
clasificación
por reglamentación legal: 60-64;
conmutativo
(administración y): 47;
(concepto de): 47, 48;
de sociedad: 50-51;
(igualdad en): 47;
objeto de la prestación: 48;
y aleatorio: 50;
de adhesión
(autonomía y): 77-97;
condiciones: 76, 77;
estandarización: 76-77;
de servicios públicos
(consentimiento en): 101;
(consumidores y): 102;
(control en): 101;
(interpretación en): 116-117;
(intervención en): 115-116;
modificación: 117-118;
teoría de la imprevisión: 124;
tratamiento: 124;
de tracto sucesivo
aviso de terminación: 59;
duración: 59;
(duración del)
categorías: 57-60;
ejecución escalonada: 59;
ejecución instantánea: 57-58;
ejecución sucesiva: 57, 58-59;
importancia: 59-60;
ejecución forzada: 365-366;
estatales
(compraventa en): 253;
(lesión enorme y): 253-254;
y derecho privado: 253;
(extinción del)
causas: 358-359, 360;
definición: 359-360;
por agotamiento: 361-366;
por causas legales: 357;
por mutuo consenso: 357, 380-383;
vías: 357-361;
y pérdida de eficacia: 359;
(formación del)
firme intención: 21;
oferta: 21;
(fuerza obligatoria del)
fundamento: 264-265;
por acuerdo de voluntades: 264-265;
gratuito (s)
(acción pauliana en): 46;
(administración en): 46,47;
categorías: 42;
concepto: 41;
derechos fiscales: 45;
duración: 42-43;
(facultades en): 47;
(patrimonio y): 43;
(persona y): 45, 46;
(responsabilidad en): 46-47;
(interpretación del)
objeto: 325-326;
y de la ley: 322-323;
mercantil
dicotomía interpretativa: 336-337;
interpretación: 336-337;
principios interpretativos: 337;
mixtos
concepto: 64;
conexos: 64;
no cumplido
(excepción de): 282-298;
y acción resolutoria: 282;
(nulidad del)
de tracto sucesivo: 59;
o resolución: 59;
oneroso
conmutativo: 48;
(definición de): 41-42, 45;
derechos fiscales: 45;
fin perseguido: 41;
importancia: 41;
(persona y): 45-46;
por esencia: 45;
responsabilidad: 46, 47;
(revocatoria en): 46;
subdivisión: 47;
(perfeccionamiento del): 67-68;
por adhesión
(ambigüedad en): 342;
(banca y): 344-345, 347-348;
(cláusulas abusivas y): 342, 346;

e intención de las partes: 343, 344;
interpretación: 342-349;
(seguros y): 343-344;
y equidad: 346;
y principio de igualdad: 346;
reglas aplicables
buena fe: 282-283;
cumplimiento del deudor: 283;
sinalagmáticos
imperfectos: 55-56;
o bilaterales: 52-53;
obligaciones: 53;
prestaciones: 53;
reciprocidad: 53-54;
reglas: 283-294;
(simultaneidad en): 283-284;
solemne (s)
perfeccionamiento: 31-32, 62, 65-66;
surgimiento: 31;
(voluntad y): 66-67;
(terminación del)
causales de extinción: 396;
cláusulas sobrevinientes: 395-396;
unilateral: 396;
y autonomía de la voluntad: 396;
y obligaciones derivadas: 395-396;
y pacto arbitral: 395;
unilateral (es)
necesarios: 54-55;
obligaciones: 52, 54, 55;
reglas: 54-55;
(riesgos y): 57;
vinculantes
concepto: 56;
doctrina italiana: 56;
unilateralmente: 56;
y cambio de naturaleza: 56-57;
y teoría de los riesgos: 57.

Convalidación del acto
efectos retroactivos: 215;
nulo: 215;
y notificación: 214-216.

Cosa
recepción de buena fe
y restitución: 451;
y venta: 451;
recepción de mala fe: 451.

Cuasicontrato (s)
(agencia oficiosa y): 440-446;
(comunidad como): 440, 452-455;
(definición de): 438-439;
(efectos jurídicos del): 439;
(fuente autónoma del): 440;
(obligaciones y): 438;
y pago de lo no debido: 440, 446-451.

Culpa (resarcimiento por)
en obligaciones: 379;
fundamento: 379.

— D —

Deber (es)
de conducta
actos necesarios: 17;
claridad: 17;
y secreto profesional: 17;
de lealtad
(autonomía privada y): 95-96;
(deberes secundarios en): 95, 96;
precontractuales
(buena fe en): 5;
conducta: 5;
doctrina germana: 5;
(información como): 5-17;
surgimiento: 5.

Declaración de voluntad
(consentimiento en): 177;
en acto jurídico: 176-177;
escrita: 407, 408;
verbal: 407-408;
y capacidad: 176-177.

Declaratoria de inexistencia
ab initio: 199;
por ineficacia: 197-199.

Demente (s). Véase: *Incapacidad*.

Derecho (s)
administrativo
(equilibrio económico y): 152;
(imprevisión y): 152-154;
de los comuneros
de copropiedad: 453;
de propiedad: 453;
sobre el bien: 453.

Desplazamiento patrimonial: 43-44.

Destinatario (s) de la norma
el juez: 335;
funcionarios del registro: 336;
las partes: 336;
notarios: 336.

Disolución del contrato
actualidad: 313-315;
bilateral: 313;

Disolución del contrato (cont.)
causas: 266-267;
por condición resolutoria: 267-276;
por mutuo disenso: 265-267.

Dolo como vicio
del consentimiento: 191;
dirimente: 192;
incidental: 192;
(parte y): 192-193;
y buena fe: 192.

Donación
como contrato: 42-43, 428;
(correlación en la): 42;
efectos: 426;
(patrimonio y): 43;
(testamento y): 426.

— E —

Efectos
de la aceptación
escrita: 31;
teorías: 31;
verbal: 31;
de la nulidad
absoluta: 219;
declaratoria: 220;
del acto: 219-222;
del contrato: 222;
(litisconsorcio y): 220;
(menor adulto y): 221;
(reivindicación como): 222;
(restituciones mutuas como): 220-221;
(tenedores y): 221;
(terceros y): 221-222, 223;
de los cuasicontratos: 439.

Enriquecimiento sin causa
(abuso del derecho y): 484;
(acción de reembolso y): 481, 489;
(acción de recuperación directa y): 492, 493;
(acción subsidiaria y): 481, 488;
(*actio in rem verso* y): 488, 489, 491, 497;
(antecedentes del): 465;
(buena fe y): 483;
(características del): 471;
(cobro de tasa y): 486;
como principio: 471;
(Consejo de Estado y): 491-494, 498;
Corte Constitucional: 485-487;
(Corte Suprema y): 487-490;
(Edad Media y): 468;
elementos constitutivos: 475-481, 485, 488-489, 491, 497;
en derecho
mercantil: 341;
moderno: 467-471;
romano: 465-467;
(equidad y): 484;
fuente de obligaciones: 472-475;
fundamentos: 487-488, 489;
(impuestos y): 486;
interpretación: 341;
jurisprudencia: 485-496;
(Ministerio de Hacienda y): 496;
(naturaleza jurídica del): 471-475;
noción: 462-465;
(obligaciones y): 488;
origen: 461;
(pago de lo no debido y): 485;
(perjuicios en): 491-492;
por analogía: 487;
(principio de): 341;
(requisitos del): 487;
(restitución en): 496;
(seguridad social y): 487;
(subsidiariedad en): 481;
(superintendencias y): 495-496;
(Tribunal Andino y): 495;
(tutela y): 485;
visión
económica: 464-465;
filosófica-ontológica: 462;
jurídica: 463-464;
teleológico-hermenéutica: 463;
y fraude a la ley: 481-482.

Equilibrio económico
(contrato estatal y): 152;
legislación: 152, 154;
(restablecimiento del): 153, 154.

Error
como vicio
del consentimiento: 183-189;
y causa: 183;
de derecho
(concepto de): 183;
e ignorancia de la ley: 184;
de hecho
dirimente: 184;
tipos: 184-185;
vicio de la voluntad: 184;
en la persona: 188-189;
sobre calidad
accidental: 186-188;
esencial: 186;
sobre la cosa
como vicio: 186;
(compraventa y): 186;

sobre la naturaleza
configuración: 185;
del contrato: 185.

Estandarización no contractual
(autonomía y): 90;
(informalidad y): 90-91.

Estatuto del consumidor
(promociones y): 15-16;
y publicidad: 14-17.

Etapa precontractual
principios: 3-4;
y *culpa in contrahendo*: 3, 5.

Excesiva onerosidad
concepto: 130;
y frustración: 130-132.

Exceptio non adimpleti contractus: 283, 284, 285-287, 294, 297-298, 311-312.

Extinción
de la obligación
(deudor y): 379, 380;
ocurrencia: 379;
del contrato
(anulación en): 383-387;
(buena fe en): 372, 373;
causas: 358;
cláusulas condicionales: 367-369;
(condición resolutoria en): 368-369;
de larga duración: 369;
(imprevisión en): 391-394;
(libertad contractual y): 367, 368;
(mutuo acuerdo en): 380-383;
por agotamiento del objeto: 361-366;
por anulación: 357;
por causas legales: 357;
por consentimiento mutuo: 357;
por pago: 361-365;
por resolución: 357;
por revocatoria: 370-375;
por vencimiento: 369-370;
(resolución en): 383, 387-391;
y de las obligaciones: 375-380;
y disolución: 359;
y pérdida de eficacia: 358-359.

— G —

Gestor de negocios
y responsabilidad: 443.
y tercero: 443;

— H —

Hecho jurídico
(cuasicontratos y): 439;
culposo: 404;
(definición de): 439;
doloso: 404;
(efectos del): 404;
ilícito: 404;
(ley y): 404;
lícito: 404;
(relevancia del): 439;
(vínculo obligatorio en): 439.

Herencia
(aceptación de)
y derechos: 405;
y obligaciones: 405.

— I —

Imprevisión
como norma legal
requisitos: 160;
crisis económica
devaluación: 154, 155;
inflación: 154, 155;
sistema UPAC: 144-156, 157;
y manejo: 154-156;
en el contrato
condiciones: 394;
(contratación estatal e): 394;
e intangibilidad: 392;
(extinción por): 391-394;
por gravosidad: 391-392;
(revisión por): 392;
y terminación: 395.

Incapacidad (es)
absoluta
declaración: 179-180;
(definición de): 178;
dementes: 178-180;
(sordomudos e): 180;
(sujetos en): 178-180;
clases: 178;
general
absoluta: 178;
(acto jurídico e): 178;
concepto: 178;
relativa: 178;

Incapacidad (es) (cont.)
particular
concepto: 178;
limitaciones: 178;
(nulidad relativa en): 181-182;
relativa
disipadores: 181;
(nulidad en): 180.

Incumplimiento de contrato
(autonomía e): 261-264;
bilateral: 261-265;
e indemnización de perjuicios: 312-313;
evolución: 298-313;
por las partes: 304-305.

Ineficacia
(acción de)
por prescripción: 206;
por vicios: 206;
del acto
como sanción: 227-229;
concepto: 227-228;
declaratoria: 199-203;
e inexistencia: 197-199, 228;
(orden público e): 227;
y nulidad: 228;
liminar
(características de la): 228-229;
(casuismo e): 228;
concepto: 227, 228;
e inexistencia: 228;
(imprescriptibilidad e): 229;
(pleno derecho e): 228;
(retroactividad en): 229;
saneamiento: 229;
por imprevisión
(caso fortuito en): 230;
(concepto de): 229;
(contrato e): 229;
declaración: 229-230;
e inexistencia: 230-231;
(fuerza mayor en): 230;
fundamento: 230;
(inoponibilidad e): 230, 231;
(nulidad e): 230, 231;
(revisión en): 229;
por nulidad
(acto jurídico e): 206-222;
e inexistencia: 206.

Inexistencia
(acto aparente e): 199-203;
(concepto de): 199, 203;
e ineficacia: 206;
(efectos de la): 204-206.

Información
(deber de)
estatuto: 10-11;
uso correcto: 11-12;
en seguros: 12;
inadecuada
del producto: 12;
del proveedor: 12;
responsabilidad: 12;
precontractual
ámbito médico: 9-10;
como deber: 5-17;
contenido: 8-9;
engañosa: 9, 15;
fundamento legal: 7;
lealtad recíproca: 7-8;
manipulación: 5-6;
objeto: 8;
y consejo: 13.

Inoponibilidad del acto
(efectos de la): 223-227;
(orden sustancial e): 224-225.
(publicidad e): 224.

Interpretación
de la norma
(Código Civil e): 329-333;
destinatarios: 335-336;
origen: 327-328;
preceptos: 327-333;
de los principios
buena fe: 339-340, 341;
función: 338;
generales: 338-341;
del contrato
(autonomía del juez e): 351-352;
(casación e): 350-352;
(ciencias e): 321-322;
cláusulas comunes: 110-111;
(Código de Napoleón e): 333-335;
comercial: 341;
contenido: 319;
(costumbre y): 110;
en el derecho: 321-327;
(equidad en): 111;
escuela liberal: 333;
jurisprudencia: 320-321;
(ley e): 322-323;
mercantil: 336-337;
objeto: 325-326;
por adhesión: 342-349;
predispuesto: 110;
y derechos fundamentales: 352-354;
y potestad normativa: 324;

del testamento
(contrato e): 323-324;
diferencias: 323-324.

Invitación a ofertar
definición: 32;
(licitación e): 33;
posibilidades: 32.

Invitatio ad offerendum: 32.

Irrevocabilidad de la oferta
(caducidad e): 24;
doctrinas: 23-24;
en C. de Co. col.: 24-25.

— L —

Lesión enorme
(América y): 240;
(bienes muebles y): 254, 255;
(buena fe y): 239;
características: 243-248;
como vicio del consentimiento: 256;
contratos
atípicos: 248-253;
estatales: 253-254, 255;
privados; 238, 254-255;
criterio
mixto: 242;
objetivo: 241-242;
subjetivo: 241;
(dación en pago y): 249-252;
(definición de): 237;
derecho colombiano: 242-248;
(equidad y): 238, 239, 255;
(glosadores y): 240;
(imperio romano y): 239-240;
(implicación económica en): 236-237;
(juez y la): 243;
(justicia y): 255;
(*leasing* y): 252-253;
(rescisión y): 242, 243;
(restitución *in integrum* y): 243;
y autonomía de la voluntad: 238;
y nulidad
efectos: 217;
en compraventa: 411;
relativa: 216;
y ratificación: 414;
y relaciones de consumo: 256.

Lex mercatoria
contenido: 91;
(contratos internacionales y): 91-92;
(equilibrio y): 92.

Libertad contractual
(buena fe y): 3, 4;
(cláusulas condicionales y): 367;
como principio: 3-4;
(concepto de): 367-368;
(contratación masiva y): 97-103;
control legal: 112-118;
(pólizas y): 113-114;
protección legal: 97-103.

— M —

Mora
efectos
cláusula penal: 295;
cobro de perjuicios: 295;
en el contrato; 295-296;
(regulación de la): 311.

— N —

Naturaleza jurídica de las normas
(doctrina y): 328, 329;
Interpretativas: 328-329.

Negocio jurídico
(efectos del)
y alteración: 368;
y autonomía de la voluntad: 368;
interpretación
concepto: 326-327;
objetiva: 319, 320;
subjetiva: 319, 320;
y autonomía de la voluntad: 326, 327.

Nulidad
absoluta
(causales de): 209;
(declaración de): 209-214;
e ineficacia: 209, 211-212;
(acto jurídico y)
absoluta: 206;
declaración: 206;
relativa: 206;
del contrato
o resolución: 59;
por incumplimiento: 59;
división: 206;
efectos: 219-222;
(ineficacia por): 206-222;
por violación
conductas: 99;
de normas: 99-102;
(ratificación y)
absoluta: 412, 413;
relativa: 412, 413;

Nulidad (cont.)
relativa
causales: 216;
(lesión enorme como): 216-217;
o rescisión: 216-217;
saneamiento: 219;
titulares: 217-218.

— O —

Objeto material
condiciones: 172-173;
determinado: 173;
existencia: 172.

Obligación (es)
(agencia oficiosa y)
del agente: 441, 442, 443-444;
del interesado: 444, 445;
clasificación
y acto jurídico: 402-403;
y hecho jurídico: 402, 403;
(contratos y)
desarrollo: 70;
modernización: 68-71;
de los comuneros: 453;
entrega
de cosa de género: 379;
de cuerpo cierto: 378;
extinción
de especies de género: 378;
en contratos bilaterales: 376-377;
formas: 375-379;
por pérdida de la cosa: 377-378, 379;
resarcimiento del perjuicio: 379;
y contratos: 375;
(fuentes de las)
el acto jurídico: 402;
el cuasicontrato: 402;
ejemplos: 401-402;
enumeración: 488;
hecho voluntario: 405;
(ley como fuente de): 440;
naturales
(deudor de): 448, 449;
(pago por error de): 448-449;
poscontractuales
(arbitraje en): 395;
eventos: 395;
servidumbres petroleras: 395-396.

Oferentes
concurrencia: 34;
selección: 34.

Oferta
(aceptación de la)
definición: 27;
efectos: 31;
por el silencio: 30;
requisitos: 27-29;
tácita: 29-30;
y contraoferta: 28;
clases: 26;
como acto jurídico
etapas: 405, 406;
fuente de obligaciones: 405-411;
(comunicación de la): 427;
(definición de): 21;
en establecimientos: 29;
en firme: 406-407;
escrita: 26, 28;
expresa: 408;
(formulación de): 21-34;
genérica
características: 420;
término: 420;
hipótesis: 22;
(irrevocabilidad de la)
e indemnización: 410, 411;
y responsabilidad: 410, 411;
(objeto de la): 408-409;
privada: 26, 27;
pública
concepto: 26-27;
de premio: 419;
de prestación: 419-420, 421, 422;
de recompensa: 421-422;
naturaleza: 419;
(obligación en): 419;
(publicidad de la): 409, 410;
(régimen de la): 407;
requisitos
debe ser completa: 22;
firmeza: 22-23;
irrevocabilidad: 23-26;
respuesta extemporánea: 29;
(revocación de la): 410, 411;
sistema de la expedición: 28-29;
tácita: 408;
verdad: 25, 28, 31;
y sujeto indeterminado: 409, 410.

Oponibilidad del acto
(publicidad en): 224;
(razones sustanciales en): 224-225;
(relatividad en): 225-227.

— P —

Pacta sunt servanda: 264-265.

Pacto
arbitral
(concepto de): 395;
en obligación poscontractual: 395;
de opción
contenido: 21;
responsabilidad: 21;
de preferencia
objeto: 21;
término: 21.

Pago
de lo no debido
carga de la prueba: 450;
como cuasicontrato: 484;
(condiciones del): 447-448;
(consecuencia del): 450-451;
(deuda de tercero y): 449-450;
(enriquecimiento sin causa y): 447, 484-485;
(error de derecho en): 449;
(error de hecho en): 449;
(hipótesis en): 447;
(repetición y): 451;
y obligación: 448;
civil: 448;
natural: 448;
exento de error
(donación en): 450;
sin obligación: 450;
(extinción por)
de la obligación: 361, 362;
y desvalorización: 362;
(indexación y): 364-365;
teoría
nominalista: 362;
valorista: 362-363;
y corrección monetaria: 363-364.

Perfeccionamiento del contrato
categorías: 64-68;
consensual: 62, 66;
real: 67-68;
solemne: 62, 65-66.

Posición dominante
exigencias: 347;
pautas: 347.

Prescripción
de la acción
contenido: 216;
de nulidad: 215-216;
de obligaciones
contractuales: 60;
(ejecución y): 60.

Presunción de abuso
aplicación: 111, 112;
condiciones: 111-112.

Principio (s)
abuso del derecho: 341;
buena fe: 3-4, 339-341, 483;
caveat emptor: 5-6;
conservación del acto: 207-209;
enriquecimiento sin causa: 341;
inmutabilidad del contrato: 372-373;
in dubio pro deudoris: 332;
pacta sunt servanda: 121-122, 125, 362, 367, 370, 375, 391, 392;
rebus sic stantibus: 122;
relatividad del acto: 223;
Unidroit
(autonomía y): 92;
(contrato y): 92;
(contrato internacional y): 92;
(equilibrio y): 92.

Promesa
ámbito de aplicación: 418;
(condición suspensiva de la): 419;
de recompensa
(acto unilateral de): 416-422;
(concepto de): 416;
(obligaciones y): 416-417;
relatividad y): 417-418;
unilateral
fuente de obligaciones: 418;
tesis francesa: 418.

Protección del adherente
en cláusulas ambiguas: 105-106;
interpretación judicial: 104-112;
normativa del contrato: 104-105;
y claridad: 106.

Publicidad e información
valoración: 14;
y consumo: 13.

Punktation
(confianza en): 20;
(consenso en): 20;
(noción de): 20-21.

— R —

Ratificación
(concepto de): 411;
del acto
(convalidación y): 214;
(nulidad y): 214-216;

Ratificación (cont.)
doctrina francesa: 412, 413;
finalidad: 412, 413, 415;
y confirmación: 414-415.

Ratio decidendi: 137.

Recompensa
(definición de): 419;
(obligación en la): 419-420.

Reconocimiento de hijo extramatrimonial
aceptación del hijo: 436;
(acto declarativo de): 437;
(acto expreso de): 435;
(acto personal de): 435;
(acto unilateral de): 435-436;
(acto voluntario de): 434, 435;
(concepto de): 433;
fallecido: 437, 438;
finalidad: 433;
formas: 437;
(irrevocabilidad en): 436-437;
modalidades: 434-435;
(obligaciones y): 432, 436;
(protección en): 432;
y existencia: 437-438;
y la familia: 431-432.

Rescindibilidad
por lesión enorme: 254;
(venta con promesa y): 254.

Resolución del contrato
bilateral: 313, 314, 315;
de tracto sucesivo: 59;
(duración y): 59;
evolución: 313-315;
(partes y): 387;
por mutuo disenso: 293;
por resolución: 293;
y condición resolutoria: 387-388.

Responsabilidad
contractual
(contrato y): 46;
según remuneración: 46;
precontractual
culpa in contrahendo: 17-18;
hipótesis: 18-20;
por ruptura: 18-19.

Restitución
de buena fe: 451;
de mala fe: 451.

Revocatoria unilateral
(cláusulas incorporadas en): 372;
del contrato: 370-375;
excepciones: 371;
(*pacta sunt servanda* y): 370;
(restricción en): 370-371.

— S —

Saneamiento en nulidad
prescripción: 219;
relativa: 219.

Selección de oferentes
(concepto de): 34;
(convocatoria y): 34.

Servanda est fides: 264.

Servidumbres petroleras
a terceros: 395;
y obligación poscontractual: 395.

Solemnidad (es) de ley
en acto jurídico: 177;
funciones: 177.

Sordomudos: 180.

— T —

Teoría
de la imprevisión
(álea en): 145-146;
(alteración grave en): 139-140;
antecedentes: 132;
(base del negocio y): 127-128;
(circunstancias en): 140, 141-142;
(*common law* y): 125-126, 128, 130, 137;
(concepto de): 229;
contenido: 391;
(contrato de concesión y): 123;
(contratos y): 69;
(derecho administrativo y): 152-154;
(derecho positivo y): 137-138;
(desequilibrio en): 138-139;
(diligencia en): 144-145;
efectos: 147-148;
(ejecución del contrato y): 145;
en Colombia: 132-137;
(error en): 150;
(fallo sobre la): 123-124;
(fenómenos económicos y): 134, 135, 136;
figuras afines: 148-152;
(fuerza mayor y): 148-149;

importancia: 124-125;
impracticabilidad: 128;
jurisprudencia reciente: 156-160;
(lesión enorme en): 148, 149-150;
(normas positivas y): 69, 150-152;
(obligación de hacer y): 133-134;
origen: 122-127;
(prestación pendiente en): 146-147;
(principios generales y): 150-152;
requisitos: 138-147;
(*restatement of contracts* y): 128-129;
(riesgo y): 143-144;
Unidroit y: 129-130;
utilidad: 121;
y autonomía de la voluntad: 391;
y excesiva onerosidad: 126-127;
y fuerza mayor: 123-124;
y fundamento del contrato: 126;
y seguridad jurídica: 121;
de los riesgos
(bilateralidad y): 57;
(concepto de): 375-376;
(contrato unilateral y): 57.

Testamento
bienes *post mortem*: 426-428;
como acto
de disposición: 423;
de mera liberalidad: 430;
indelegable: 426;
jurídico unilateral: 423;
personalísimo: 426-427;
(definición de): 422-423;
(efectos del): 428;
en Roma: 422;
función práctica: 423;
(interpretación del)
y contrato: 323;
y pruebas: 323-324;
y voluntad: 323-324;
obligaciones: 425;
(patrimonio del): 423;
(posibilidad de disponer por): 423;
requisitos: 424;
(revocación del): 425-426;
solemnidad: 424;
y donación: 428;
y sucesión: 422.

Tratos preliminares
actas y minutas: 20-21;
acuerdos: 21;
cartas de intención: 20;
comienzo: 3;
conducta: 4-17;
responsabilidad: 17-20.

— V —

Vicio (s)
(acto jurídico y)
de inexistencia: 204, 205;
y terceros: 205;
del consentimiento
dolo: 191-193;
error: 183-189;
fuerza: 189-191;
y voluntad: 182.

Voluntad
(ausencia de): 177;
(autonomía de la)
y acto jurídico: 175-176;
y contrato: 324;
como fuente de obligaciones: 455-456;
(manifestación de)
consolidación: 167;
definición: 166;
discrepancias: 167-168;
pluripersonal: 147-168;
unipersonal: 166;
y acto jurídico: 166-167, 176, 177;
y capacidad: 176-177;
testamentaria
interpretación: 323;
(pruebas y): 329-324;
unilateral
(acto jurídico y): 402;
(cuasicontratos y): 402;
(obligaciones y): 401, 405;
(oferta y): 405-411;
y contrato
(autonomía de la): 66;
solemne: 66-67.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Nomos Impresores, el día veintiséis de enero de dos mil dieciséis, aniversario del nacimiento de GUILLAUME BUDÉ (n. 26, I, 1467 y m. 20, VIII, 1540).

LABORE ET CONSTANTIA