Lecciones sobre Derecho Civil

Obligaciones de Antonio Rocha Alvira



Revisado, actualizado y completado por
Betty Mercedez Martínez Cárdenas

Universidad del Rosario

Universidad del Rosario
Editorial

Colección Memoria viva


UR

Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira

Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira

Revisado, actualizado y completado por
Betty Mercedes Martínez Cárdenas

d

COLECCIÓN MEMORIA VIVA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 Antonio Rocha Alvira
© 2009 Betty Mercedes Martínez Cárdenas

ISBN: 978-958-8378-92-3

Primera edición: Bogotá, D.C., julio de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Gustavo Patiño Díaz
Diagramación: María del Pilar Palacio Cardona
Montaje de cubierta: David Reyes Durán
Impresión: _____
Editorial Universidad del Rosario
Cra. 7 No. 13-41 Oficina 501 Tel.: 297 02 00
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede
ser reproducida sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario

ROCHA ALVIRA, Antonio
Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira /
Revisado, actualizado y completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas.—
Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
204 p.—(Colección Memoria Viva).

ISBN: 978-958-8378-92-3

Derecho Civil / Obligaciones (Derecho) / Contratos / Nulidad (Derecho) /
Enriquecimiento ilícito / I. Título / II. Serie.

340.56 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Prefacio 9

Consideraciones previas 11

Lección I
De la obligación 17

Lección II
De las fuentes de las obligaciones 21

Lección III
Del contrato 27

Lección IV
De las condiciones esenciales para la validez de un contrato
y, en general, de los actos y declaraciones de la voluntad (la capacidad) 39

Lección V
De las condiciones esenciales para la validez de un contrato
y, en general, de los actos y declaraciones de la voluntad
(el consentimiento) 45

Lección VI
Del error como vicio del consentimiento 51

Lección VII
Del dolo como vicio del consentimiento 59

Lección VIII
De la fuerza como vicio del consentimiento 63

Lección IX
Del objeto de las obligaciones y de los contratos 71

Lección X
Causa, artículo 1524 del Código Civil 77

Lección XI
Del objeto y causa ilícitos 89

Lección XII
Orden público 101

Lección XIII
De las nulidades 115

Lección XIV
La simulación 133

Lección XV
De las obligaciones civiles y de las meramente naturales 151

Lección XVI
Del enriquecimiento sin causa 157

Lección XVII
Modalidades de las obligaciones 163

Lección XVIII
De la *exceptio non adimpleti contractus* (artículo 1609) y de
la condición resolutoria (artículo 1549) 173

Lección XIX
Teoría de la imprevisión 189

Bibliografía 199

Prefacio

Las lecciones sobre obligaciones de las que trata esta obra fueron dictadas por el doctor Antonio Rocha Alvira, en 1936. Se trataban éstas de un curso elemental sobre la materia, que se adecuaba a los programas de la Facultad de la época. Sencillo en su discurso, el doctor Rocha expone con calma, elegancia y profundidad los principios del derecho de obligaciones, con lo cual hace de la materia un placer que avasalla y absorbe el pensamiento de quien la aborda. En ellas, este maestro aplica un antiguo lema rosarista: *Nova et Vetera*.

Vetera, toda vez que el derecho reposa en la aplicación de los textos promulgados por el legislador, y el doctor Rocha familiariza a los estudiantes con los textos esenciales en derecho de obligaciones, en particular aquéllos del Código Civil y las leyes que lo han completado, y con los métodos lógicos que permiten decantar de estos textos los fundamentos de la materia. *Nova*, ya que como estos textos están llamados a ser aplicados en la vida en sociedad, el doctor Rocha se sirve de la jurisprudencia para conferirles una dinámica, para que el estudiante, luego de aprender a razonar sobre los artículos del Código y las leyes especiales, aprenda también a leer y a determinar el alcance de las decisiones judiciales.

Sin embargo, reeditar este curso tal y como fue dactilocopiado setenta años atrás habría truncado el trabajo académico del doctor Rocha. Era necesario confirmar la veracidad de las fuentes utilizadas por él y mostrar la evolución legal, jurisprudencial y doctrinal de las instituciones explicadas para resaltar su proyección e importancia. Se dedicaron dos años de investigación a la revisión, actualización y complementación de estas conferencias, a fin de convertirlas en un medio para formar el pensamiento de los estudiantes de hoy. La publicación de la presente obra tiene así su origen en la necesidad de adaptar los principios perennes del derecho de obligaciones a los nuevos tiempos… *Nova et Vetera*.

Este es el espíritu que animó la obra del doctor Rocha, y el espíritu que animó la edición que de la misma hoy se presenta. La esperanza de quien en ella ha trabajado, revisándola, actualizándola y completándola, es la de haberse

mostrado digna del pensamiento de este gran jurista y maestro. Nuestra ambición ha sido, antes que todo, la de hacer útiles para los estudiantes y, en general, para los estudiosos del derecho, las lecciones de aquel gran patricio, quien con su trabajo honró la ciencia jurídica colombiana y la cátedra de obligaciones del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Betty Mercedes Martínez Cárdenas*
Bogotá D. C., 1º de septiembre de 2008

* Profesora de la materia y coordinadora del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Universidad del Rosario).

Consideraciones previas

El artículo 665 del Código Civil define el derecho real como el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Este mismo artículo determina o enumera los derechos reales diciendo que son el de domino, el de herencia, el de usufructo, el de uso, el de habitación, el de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca, y agrega que de estos derechos reales nacen las acciones reales.

Por oposición al derecho real, vamos a ocuparnos de los derechos personales o créditos, pero antes vamos a precisar la noción de *derecho real* frente a la de *derecho de crédito*. La referida noción de derecho real que da el artículo 665 del Código Civil es la misma que, en esencia, consagran los expositores de derecho;[1] pero en 1896, el profesor Planiol[2] le hizo fuertes críticas, de cuyo análisis nos vamos a ocupar como medio para que precisemos exactamente esta noción.

Dice el citado profesor que esta noción clásica del derecho real es errónea, que ella muestra al propietario o usufructuario de un bien, aislado, en posesión de su bien sin que pueda exigir nada de otra persona y que todo el mundo lo contempla impasible, al gozar de su derecho; que esa relación directa de la persona y la cosa, sin que exista otra persona en el extremo, equivale a confundir el derecho con el hecho simple de la posesión y de ahí el error de la definición clásica de derecho real, y que toda noción de derecho implica una relación entre los hombres y no una relación aislada de un hombre con una cosa, cuando en realidad si uno tiene un derecho de propiedad sobre una cosa —y digo de propiedad porque es el más típico de los derechos reales—, lo que sucede es que

---

[1] Aubry y Rau, antiguos profesores de derecho de la Universidad de Estrasburgo, decían desde 1938: "*Los derechos reales son aquellos que, creando un vínculo inmediato y directo entre una cosa y la persona que tiene el poder de someterla de una manera más o menos completa, son por ello mismo susceptibles de ser ejercidos, no sólo contra una persona determinada, sino sin respecto de cualquier otra persona y contra todos*". Aubry, Charles y Rau, Charles, *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 6 ed., Juris Classeurs et Marchal et Billard, Paris, 1938, § 172.

[2] Planiol, Marcel, *Traité elementaire de droit civil*, t. I, Pichón, s. l., 1912, pp. 651 y ss., § 2158.

las demás personas que viven en sociedad con uno tienen la obligación, cuando menos, de respetar el derecho de uno sin perturbarlo en el goce, en el uso y en la facultad de disponer de dicha cosa.

Existe una obligación de los demás, aunque pasiva, consistente en *no hacer*, que entra en juego con las nociones de derecho o de obligación real, y que no comprende las referidas definiciones, que menciona sólo a la persona titulada de derecho y a la cosa objeto de ese derecho. Muchos jurisconsultos pensaron como el profesor Planiol,[3] pero esta crítica a la definición clásica no predominó y hoy está refutada en las mismas obras de derecho del citado profesor.[4]

En efecto, no es exacta. Se puede concebir perfectamente la relación directa entre la persona y la cosa con prescindencia de las demás personas; esa relación, entre otras, caracteriza la de posesión. En todo derecho real hay intermedio entre el titular del derecho y la cosa sobre que recae; sólo hay dos elementos: la persona y la cosa. Así, el propietario de una casa tiene, por sí mismo, el derecho de habitarla, pues para hacerlo no necesita permiso de nadie.

---

[3] La crítica de Planiol, mejor conocida como *teoría personalista*, fue defendida por Etienne Bartin, quien en la actualización de la obra de Aubry y Rau trata de adoptarla a través de una nota de pie de página (Aubry y Rau, t. II, § 172, nota 1bis, edición de 1935 por E. Bartin); por Georges Ripert y Jean Boulanger (*Traité de Droit civil d'après le traite de Planiol*, t. I, No. 659, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956), que definen el derecho real como una forma particular de obligación: de la misma manera que en éstas, el derecho real tiene un sujeto activo, su titular; un sujeto pasivo, todas las otras personas, y un objeto, que es la cosa en sí misma. Así, el derecho real se asimila como una *obligación pasiva universal.* Y, posteriormente, por René Demogue (*Notions fondamentals de droit privé*, s. l., s. e., 1911, pp. 440 y ss.), quien consideró que "Los derechos son todos obligaciones entre las cuales hay variantes establecidas de acuerdo con las consideraciones prácticas" ["*Les droits sont tous des droits d'obligations, entre lesquels il y a des variétés, suivant les considération pratiques*"].

[4] Planiol reformula esta tesis en la duodécima edición de su *Tratado elemental* y enuncia una nueva definición de derecho real: "un derecho real es un vínculo establecido entre una persona, como sujeto activo, y todas las otras personas como sujetos pasivos". Así, el derecho real será una "obligación pasiva universal", idea con la cual se llega a hacer del derecho real una derivación del derecho personal o de crédito (véase Michas, H., *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Thèse, Paris, 1900; Quéru, René, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse, Paris, 1905). Esta asimilación del derecho real al derecho personal tomó aún más fuerza en la doctrina de los años cincuenta, a través de la obra de Jean Dabin (*Le droit subjectif*, Dalloz, París, 1952, reeditada por Christian Atias en 2007), quien desarrolló la idea a tal punto de considerar que los derechos personales "tan absoluto[s] como el derecho de propiedad, dado que aquél debe ser respetado por todo el mundo" (pp. 56 y ss).

El arrendatario, en cambio, no tiene ningún derecho directo sobre la casa que habita; es solamente acreedor del propietario, quien le suministra el goce de la casa a cambio de un canon de arrendamiento. Si el arrendatario no estuviera ligado al propietario por el vínculo de un contrato de arrendamiento, no estaría en contacto con la casa de que es arrendatario.

Planiol y quienes lo siguen han querido acabar con la distinción tradicional entre el derecho real y el personal y reducir el primero a la clásica —que todavía es actual— noción del segundo. ¿Qué es un derecho real —el de propiedad, por ejemplo— sino la obligación que tiene todo el mundo que no sea el propietario de respetar la acción exclusiva de éste sobre la cosa de que es dueño? Colin y Capitant, al referirse a esta teoría, la rechazan en los siguientes términos:

> Consideramos errónea esta manera de ver. Existe una diferencia profunda de naturaleza entre los derechos reales y los derechos de crédito. Estos son derechos relativos, que consisten en una relación entre dos personas de las cuales una ve una parte de su libertad natural puesta al servicio de otra y ésta otra posee sobre la primera un cierto poder de autoridad. Por el contrario, el derecho real es un derecho absoluto. El derecho absoluto no es ya una relación entre dos individuos, es una prerrogativa concedida a un individuo que consiste, cuando se trata de un derecho real, el de propiedad, por ejemplo, en poder disfrutar y gozar de la cosa, es obtener de ella toda la utilidad que es susceptible de proporcionar; en una palabra, es un poder que se ejercita directamente sobre la cosa y de esta diferencia fundamental se desprenden contrastes numerosos.
>
> El derecho real es perpetuo, destinado a durar tanto como su objeto; se transmite de una persona a otra, sin desaparecer nunca; por el contrario, el derecho de crédito es esencialmente una relación temporal entre dos personas, destinada a extinguirse por un acontecimiento previsto: el pago. Decir que el derecho real se reduce a una obligación positiva universal consistente en que los demás respeten la acción del propietario es dar una noción incompleta e insuficiente del derecho real; y —agregan—, además es desviar la palabra "obligación" de su sentido jurídico, atribuirle un

> significado nuevo, pues la obligación es algo anormal, una excepción al derecho común que es la independencia recíproca de los individuos y no la sujeción de unos a otros, mientras que la pretendida obligación del público de respetar el derecho de propiedad y todos los derechos absolutos, no es precisamente más que el derecho común, la condición esencial y primordial de toda vida social.[5]

La noción de derecho real se caracteriza por atributos esenciales de que no gozan el derecho personal o de crédito o de obligación. En primer lugar, por su carácter oponible a terceros: un derecho real se puede oponer a todo el mundo, se puede hacer respetar de todo el mundo, y por eso se dice que es un derecho absoluto, en cuanto los demás deben abstenerse de hacer algo que pueda entrabar el ejercicio de su derecho. En cambio, el derecho personal o de crédito es apenas relativo: sólo existe respecto del deudor y no puede oponerse a terceros.

Además, todo derecho real lleva consigo la calidad de preferencia; en este sentido, es sabido que el patrimonio del deudor es prenda común del derecho de los acreedores para el efecto de pagarse con él. Pues bien, en el caso de insolvencia del deudor, sus bienes son tomados o embargados por sus acreedores y vendidos mediante el remate, y el producto o precio se distribuye entre sus acreedores en proporción con el crédito de cada uno. Esta es la regla general, pero si sobre algunos de aquellos bienes el deudor ha constituido con anterioridad a favor de alguno o algunos de sus acreedores un derecho real, *v. gr.*, una hipoteca o una prenda, entonces ese o esos acreedores adquieren el derecho de preferencia consistente en que se les pague a ellos y no a los demás con el producto de los bienes sobre los cuales se constituyó el derecho real de hipoteca o de prenda, o con los mismos bienes en especie.

---

[5] Colin, Abroise y Capitant, Henri, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, Librerie Dalloz, Paris, 1934, §88 ss. La crítica es muy justa. En efecto, la idea de una "obligación pasiva universal", utilizada para definir de forma abstracta el derecho real en sí mismo, se volvía inútil al momento de aplicarla sobre los distintos tipos de derechos reales que existen, ya que en cada uno de ellos varía la magnitud de los derechos conferidos al titular sobre la cosa*: usus, fructus* y *abusus* para el derecho de dominio; *usus fructus* para el de usufructo, etc. Lo cual obligó a Planiol a reintroducir en la definición de derecho la relación de persona y cosa, como se verá más adelante.

Y, en segundo lugar, el derecho real implica el derecho de persecución, que permite al acreedor titular de un derecho perseguir esa cosa o ese bien en cualquier mano en que se encuentre.

Así, la antigua definición del artículo 665 del Código civil, que coincide con aquella de Aubry y Rau de 1870,[6] ha recobrado vigor entre la doctrina contemporánea por varias razones: primero, porque no es absurdo que existan vínculos jurídicos entre personas y cosas, toda vez que éstos pueden darse sin que por ello las cosas sean sujetos de una obligación; segundo, porque no es posible seguir considerando la noción de derecho real como una derivación del derecho personal, ya que históricamente es más bien lo contrario lo que es cierto: el derecho personal aparece como una degradación, una derivación del derecho real, y, tercero, porque hay otras hipótesis en derecho en las cuales es perfectamente comprensible que un vínculo directo entre una persona y una cosa se convierta en un vínculo jurídico, y no solamente de hecho, como lo dice Planiol. Esto es lo que precisamente ocurre en el caso de la prescripción adquisitiva.

Sin embargo, una definición no es lo suficientemente precisa para explicar los efectos de los derechos reales en relación con los de los personales. Cierto, de manera tradicional se ha dicho que los atributos del derecho real —como el de preferencia y el derecho de persecución— no podían predicarse del derecho personal, ya que se trataba de una relación establecida "sólo entre dos o varias personas con respecto a un bien determinado". Incluso, así se explicaba el que nuestro Código Civil definiera el derecho real por separado del derecho de obligación o personal, o de crédito, en sus artículos 665 y 666, respectivamente. Pero, de cierta manera, el vínculo de obligación también es oponible contra terceros.

En efecto, si se mira el valor económico que una obligación tiene en sí misma, este valor la hace autónoma en relación con todas las personas, le

[6] La coincidencia se explica porque Andrés Bello, al momento de redactar el Título I del Libro Segundo del Código Civil, tomó como referencia el *Cours de Code Civil* de Devincourt, editada por Delestre-Boulage, en Paris, 1824, la cual es retomada por Aubry y Rau en la segunda edición de su obra, en 1850.

da una corporeidad propia, y así el vínculo adquiere un carácter objetivo.[7] Tal objetividad o corporeidad le permite no sólo ser oponible contra terceros, sino también poder circular. Esto nos lleva a ver la obligación como un vínculo con dos caras: por una parte, el vínculo entre acreedor y deudor, que constituye la sustancia del crédito; por la otra, el vínculo entre el acreedor y la deuda, sin respecto de determinada persona (lo que Planiol denominaba *obligación pasiva universal*), y que marca el dominio de su derecho.[8] Por ello, como derivación del derecho real, el derecho personal encuentra su explicación no sólo en lo que difiere de aquél, sino también en lo que lo asemeja: ambos son una especie de propiedad. Así lo explica entre nosotros la regla del artículo 670 del Código Civil colombiano: "Sobre las cosas incorporales [derechos reales y personales] hay también una especie de propiedad...".

La doctrina francesa llegó a esta misma conclusión a finales del siglo XX,[9] luego de darse cuenta de que en la noción *obligación pasiva universal*, Planiol confundía oponibilidad y obligación.[10] En suma, la actual doctrina francesa coincide con los textos de nuestro Código Civil colombiano, en cuanto que aquélla ha regresado a la definición clásica de derecho real formulada por Aubry y Rau, y reconocen en los derechos personales el tener sobre ellos una especie de propiedad, tal y como ocurre con los derechos reales.[11]

---

[7] Saleilles, Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, No. 80, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2001. Véase también, Ginossar, Shalev, "Pour une meilleure définition de droit réel et du droit personnel", en RTD civ., 1962, y *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1960, No. 22 y ss.

[8] Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, No. 34, *op. cit.*

[9] Marty, Gabriel y Raynaud, Pierra, *Droit civil : les obligations*, Sirey, Paris, 1962, No. 4.

[10] Gaudemet, Eugène, *Théorie générales des obligations: présentation de Denis Mazeaud*, Dalloz, París, 2004, p. 3.

[11] Flour, J.; Aubert, J.-L. y Savaux, E., *Les obligations: L'acte juridique,* Sirey, París, 2006, p. 7; Terre, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Droit civil: les obligations*, 9e éd., Dalloz-Droit Privé, Paris, 2005, No. 3; Larroumet, Christian, *Droit civil-les obligations: le contrat*, Tome III, 5e édition, Collection Droit Civil, Économica, Paris, 2003, No. 13.

Lección I. De la obligación

Ya hemos precisado el derecho real y analizado la definición que trae el artículo 665 del Código Civil. Ahora nos queda más fácil comprender la noción de obligación. Del vínculo directo de la persona sobre la cosa *in re*, expresión latina que la doctrina moderna ha venido sustituyendo por *propter rem*, pasamos ahora al vínculo de persona a persona.

La noción de obligación es la que dieron las institutas de Justiniano al decir: "*Juris vinculum quo necessitae adstrigimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*".[1] Es un vínculo de derecho *vinculum juris*, en virtud del cual una persona que se llama *deudor* está obligada para con otra, que se llama *acreedor*, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa:

- Obligación de dar: a transferir la propiedad o a construir un derecho real; una hipoteca o una servidumbre sobre mi finca.
- Obligación de hacer: la prestación de un servicio: enseñar, por ejemplo, o remitir una cosa a otro por correo, o la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada.
- Obligación de no hacer: como la de evitar que suene el radio en ciertas horas de la noche para no molestar a mi vecino.

Todas estas obligaciones son personales o de crédito, que el artículo 666 del Código Civil, por oposición al derecho real, dice que pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, tienen las obligaciones correlativas —por ejemplo, las tiene el prestamista contra el deudor por su dinero prestado o las que tiene el hijo contra el padre por alimentos—. Por lo tanto, al derecho del acreedor se contrapone la obligación del deudor. Si existe una obligación, existe un derecho correlativo.

Como en el antiguo derecho la obligación comportaba un poder de ejecución sobre la persona física del deudor y la prisión por deudas, desapare-

[1] Inst. 3, 13.

cido este modo de ejecución sobre la persona, ha subsistido, sin embargo, la denominación de personal, y en el derecho moderno se le ha reemplazado con un poder de ejecución sobre el patrimonio o bienes del deudor.

Toda obligación personal, dice el artículo 2488 del Código Civil, da al acreedor el derecho de perseguir la ejecución sobre todos los bienes del deudor, raíces o muebles, sean presentes o futuros; se exceptúan solamente los no embargables. Así, desde la Ley 70 de 1931, se autorizó en Colombia la constitución de un patrimonio especial, con la calidad de no embargable, bajo la denominación de *patrimonio de familia.*[2]

Posteriormente, la Ley 70 de 1931 fue retomada por el artículo 35 de la Constitución Política, en la reforma de 1936 y adoptada luego por el actual inciso segundo del artículo 42 de la Constitución Política de 1991. En cuanto a la conceptualización y el régimen de dicho patrimonio especial, esta misma regla sufrió algunas modificaciones en la Ley 91 de 1936 y en los artículos 3º, 4º, 8º y 9º de la Ley 495 de 1999, en las leyes de reforma urbana 9ª de 1989, 3ª de 1991 y 546 de 1999, modificaciones todas que tenían por finalidad hacer menos formales los requisitos originalmente impuestos para su constitución.

También el campo del patrimonio de familia inembargable fue extendido por la Ley 861 de 2003 a la mujer u hombre cabeza de familia, definidas estas a su vez por el artículo segundo de la Ley 82 de 1993. Finalmente, la Ley 258 de 1996, modificada por la Ley 854 de 2003, estableció la figura de "afectación a vivienda familiar", relativa en particular al "*bien inmueble adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia*",[3] ley que complementa las disposiciones relativas al patrimonio de familia no embargable "a fin de dar protección integral a la familia".[4]

Ahora bien, vistos los caracteres de oposición del derecho real con el personal, sólo nos resta por hacer algunas distinciones de otro orden. En primer lugar, todo derecho da acción al acreedor para constreñir al deudor a cumplir.

---

[2] Artículo 1º de la Ley 70 de 1931.

[3] Artículo 1º de la Ley 258 de 1996, modificado por el artículo 1º de la Ley 854 de 2003.

[4] Ley 854 de 2003.

Cuando el derecho que se va a hacer efectivo no es real, sino personal o de crédito, la acción es personal (artículo 666 del Código Civil).Si no hay acción, mejor dicho, si el incumplimiento de lo que se considera una obligación no lo sanciona la ley, esa no será una obligación jurídica, sino moral o social. Entonces, la sociedad sanciona su trasgresión, con reprobación colectiva o con la exclusión del medio en que se actúa. En ese sentido social y no jurídico es como se dice que estamos obligados a vestir de cierta manera o a no frecuentar casas de corrupción.

Así mismo, tenemos apenas obligación moral, pero no legal, de alimentar o ayudar a miembros de familia necesitados, distintos a los que enumera el artículo 422 del Código Civil, modificado por la ley sobre hijos naturales, que es la 45 de 1935. Si a esas personas distintas no las ayudamos o alimentamos, hay sanción social.

En segundo lugar, se habla en moral o en filosofía del derecho de obligaciones consigo mismo. Jurídicamente no existen obligaciones consigo mismo, esto es, con las religiones: las relaciones con la divinidad, como acreedor, para poder darle otro término a la relación. Hay veces en que una regla de conducta consigo mismo coincide con una regla de conducta que afecta a terceros y entonces sí surge una obligación jurídica, pero no con uno mismo, sino con el tercero.

El profesor Paul Esmein menciona el caso del peatón que va por la calle contrariando las reglas del tráfico y sufre un accidente en que también concurre una culpa del conductor del vehículo.[5] La indemnización del accidente se reparte entre el conductor y el peatón atropellado, con el fenómeno de la culpa concurrente de la víctima, que consagra nuestro artículo 2357 del Código Civil, al decir que la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a éste imprudentemente. Pues bien, no es una obligación jurídica consigo mismo, la del peatón, pero sí con respecto al tercero, conductor del vehículo, quien puede alegar, con razón, que si el peatón se hubiera cuidado

[5] Esmein, Paul, *Cours de droit civil approfondi, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Esmein*, Les Cours de Droit, Paris, 1949, V.

a sí mismo y obedecido las normas del tráfico, no habrían concurrido las dos culpas que ocasionaron el accidente.

Por último, no es que uno tenga obligación de cobrar su propio crédito, en cierto tiempo, so pena de que la acción prescriba por no haberla ejercitado con éste, puesto que el deudor no encuentra en ello prejuicio, sino provecho.

Lección II. De las fuentes de las obligaciones

No hay que confundir las fuentes de las obligaciones con las fuentes del derecho, las cuales hacen parte del curso de introducción al derecho, y son: la ley, la justicia y la jurisprudencia. Aquí vamos a tratar de las fuentes que dan nacimiento a las obligaciones, las cuales son traídas por el Código en el artículo 1494 y que, en últimas, consisten en *hechos* o *actos*.

Los actos son jurídicos o no. El acto jurídico se verifica con la intención de producir un efecto de derecho como el contrato o el cuasicontrato. El acto no jurídico también obliga, pero la obligación se produce sin haber sido querida, como en la indemnización civil por delitos o los cuasidelitos.[6] El artículo 1494 distingue las siguientes fuentes de obligaciones:

[6] Esta distinción entre hechos y actos jurídicos es el fruto de una larga evolución del pensamiento francés en torno de las fuentes de las obligaciones. Luego de que la clasificación de Pothier (contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley) fuera adoptada por los compiladores del Código Civil de 1804 (artículos 1370 y 1371), la doctrina francesa de principios del siglo XX terminó por considerarla falsa y confusa, en particular por disponer que la ley puede ser fuente de las obligaciones, ya que esta, como tal, es fuente de derecho (reglas objetivas, abstractas, generales e impersonales), y no de reglas relativas y personales como lo son las obligaciones. Los ensayos de la doctrina para mejorar la clasificación del *Code* no se hicieron esperar: por una parte, Marcel Planiol, Henri Mazeaud, Léon Julliot de la Molandière, Gabriel Baudry-Lacantinerie, Gabriel Tarde, Gaudemet y Robert Le Balle sostuvieron que tales fuentes sólo deberían ser el contrato y la ley; o, como las clasifican Georges Ripert y Jean Boulanger: fuentes contractuales y extracontractuales. Por otro lado, dado que la ley no podía seguir siendo retenida como fuente de las obligaciones, por su carácter "objetivo", la otra parte de la doctrina optó por innovar la clasificación del Código ingresando a ésta nuevas rúbricas. Este es el caso de Louis Josserand, para quien las fuentes de las obligaciones son los actos jurídicos (contrato y declaración unilateral de voluntad), los actos ilícitos (delitos y cuasidelitos), el enriquecimiento sin causa y la ley. Seguidores de Josserand son Julian Bonnecase, Henri Capitant, Gabriel Marty y Pierre Raynaud, para quienes las fuentes deben dividirse en dos: acto jurídico y hecho jurídico. Se entiende por acto jurídico una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, directa e irreflexiblemente encaminada a engendrar obligaciones; al paso que se denomina hecho jurídico a todo evento, voluntario o involuntario, que hace nacer, transferir, transmitir o modificar un derecho con independencia de la voluntad de los interesados. Así, son hechos involuntarios todo fenómeno natural o accidental, como la muerte, el nacimiento, la filiación, entre otros; y por hechos voluntarios, todo acto del hombre susceptible de crear efectos jurídicos, como los delitos y los cuasidelitos. La distinción entre acto y hecho jurídico sigue siendo defendida por la actual doctrina francesa, encabezada por Jacques Flour, Jean-Luc Aubert y Éric Savaux, doctrina que a su vez fue retomada por los redactores del anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones (artículos 1101-1 y 1101-2), elaborado bajo la dirección de Pierre Catalá, en 2005.

1. El concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.
2. El hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado.
3. La consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos.
4. Las disposiciones de la ley, como las obligaciones previstas en ella entre los padres y los hijos de familia. Por eso dice el artículo 1494 del Código Civil:

> 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. (Ley 57 de 1887, artículo 34).

Pero el artículo 2302[7] ve, además, los cuasidelitos como productores de obligaciones y tenemos entonces una quinta fuente.

5. Los cuasidelitos. Así, dispone el artículo 2302:

Esta doctrina francesa coincide con nuestro Código Civil, en que los hechos pueden ser involuntarios y voluntarios, y comprenden dentro del primero todo fenómeno natural o accidental, como la muerte, el nacimiento o la filiación, entre otros; y por voluntarios, todos los actos del hombre susceptibles de crear efectos jurídicos; pero diverge en punto del lugar que se le da a la voluntad para generar obligaciones. En efecto, en el Código francés sólo el acto jurídico es creador de obligaciones, al paso que en el Código colombiano también los hechos voluntarios son susceptibles de crearlas. Éstos a su vez pueden ser lícitos o no, pero unos y otros vinculantes, y en ciertos casos, aun en contra de la voluntad del que lo llevó a cabo, como ocurre por ejemplo en la indemnización civil por los delitos.

[7] En el mismo sentido véase Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y de los contratos en general,* Temis, Bogotá, 1982, p. 64.

> 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.

Finalmente, es menester incluir en esta enunciación otras dos fuentes establecidas por la legislación mercantil de 1971: abuso del derecho (artículo 830) y enriquecimiento sin causa (artículo 831). En cuanto a la primera, "*el concurso real de las voluntades de dos o más personas*", se trata del contrato o convención, esto es, el acto tipo productor de obligaciones.[8] Para el derecho romano era *duorum pluriumve in idem placitum consensus*: consentimiento de dos o más en una misma cosa. Más concretamente, es como lo define el artículo 1495 del Código Civil: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa [...] Cada parte puede ser de una o varias personas". Como ya lo vimos, esa misma es la noción de obligación que en el Código define el uno por la otra, el medio por el efecto, quizá por ser el contrato o convención el medio más apto y normal para producir obligaciones. En cuanto a la segunda, *el hecho voluntario de la persona que se obliga,* se trata tanto de las declaraciones unilaterales de voluntad como de los cuasicontratos. En aquéllas, la declaración de voluntad es emitida por una persona, el deudor, que se compromete a realizar una prestación determinada en favor de otra persona, acreedor, sin que el concurso de la voluntad de este último sea exigido para el nacimiento de la obligación.[9]

---

[8] El contrato en el Código Civil corresponde al acto jurídico de la doctrina francesa, al "acto-regla" o *Rechtsgeschaft* en el Libro Primero, parte general, sección tercera, §1042 y §185 del *Bürgerlichesgesetzbuch*, en que dos o más voluntades se acuerdan con el fin de obligarse. Esta equivalencia es establecida en Colombia a través del artículo 822 del Código de Comercio.

[9] Las *declaraciones unilaterales de voluntad* no encuentran sus orígenes en el derecho romano, cuyas únicas aplicaciones de declaraciones unilaterales de voluntad se reducían a la promesa que se hacía a una divinidad o a una *cité*, ya que, en general, una persona no podía obligarse para con otra por su simple voluntad. Tampoco fueron ellas adoptadas por el Código de Napoleón como fuente de obligaciones —por lo demás aún son rechazadas por la actual doctrina francesa—. Este

Por su parte, los cuasicontratos también son fuente de obligaciones y vienen del derecho romano.[10] Observaron los romanos que había casos en que la equidad y la utilidad social pedían el reconocimiento de obligaciones

tipo de declaraciones fueron por primera vez deducidas por Domat en el siglo XVII, y estudiadas por los pandectistas del siglo XIX, y así permitieron la redacción del parágrafo §185 en el Libro Primero, Parte General del *Bürgerlichesgesetzbuch*, según el cual "Una disposición que lleve a cabo sobre un objeto un no titular es eficaz si se realiza con el consentimiento del titular. La disposición es eficaz si el titular la ratifica, o si el disponente adquiere el objeto o si es heredado por el titular y éste responde ilimitadamente por las obligaciones del caudal relicto. En los dos últimos casos, si se ha realizado sobre el objeto varias disposiciones incompatibles entre sí, sólo la primera disposición es eficaz". En el Código de Bello, la creación de obligaciones a partir de los hechos voluntarios de una persona que se obliga, como ocurre en una declaración unilateral de voluntad, corresponde a una concepción objetiva del derecho de crédito, que pone en primer plano su importancia económica. De esta manera, no es necesario que haya un acto bilateral para que exista una obligación; basta la voluntad del deudor, ya que es su patrimonio el que va a soportar la ejecución. Son declaraciones unilaterales de voluntad la aceptación de herencia o legado, la oferta de contrato, la promesa de recompensa, la estipulación por otro y en general todos los cuasicontratos. En la actualidad, el desarrollo de la Unión Europea y del derecho comparado han abierto las puertas de nuevas tendencias en materia de fuentes de las obligaciones dentro del derecho interno francés. Así, una renovación del concepto de la voluntad, cuya génesis se encuentra en los fallos penales que siguen la doctrina de la Corte Europea de los Derechos Humanos y que tiende a asimilar un comportamiento "voluntario" a un comportamiento "consciente", y la objetivación del derecho de crédito, en orden a considerarlo también "una especie de propiedad", han conducido a la jurisprudencia a aceptar en ciertos casos que una obligación puede existir sin que sea necesaria la expresión de una voluntad bilateral. No obstante, la doctrina sigue siendo adversa a la consagración legal de esta fuente de las obligaciones, como puede verse en el anteproyecto de reforma del título III, capítulo III del Código Civil francés propuesto por Pierre Catalá, en el que la declaración unilateral de voluntad es apenas evocado superficialmente en el inciso 3 del artículo 1101-1, relativo a los actos unilaterales. Al respecto, véase Flour, J.; Aubert, J.-L. y Savaux, E., *Les obligations: Le fait juridique,* Sirey, Paris, 2006, No. 500, pp. 410 y ss.

[10] La aparición de los cuasicontratos y de los cuasidelitos en el derecho romano es particularmente furtiva. Los primeros ensayos de clasificación de las fuentes de las obligaciones fueron elaborados por Gayo, a mediados del siglo II d. C.: división bipartita, división tripartita y división cuatripartita. Así, Gayo dividió las fuentes de las obligaciones en dos: los contratos, cuyas obligaciones se forman *re*, *verbis, literis* y *consensus*, y los delitos. Posteriormente, Gayo adiciona a la anterior división las obligaciones que no nacían ni de los contratos, ni de los delitos: *"obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris".* Finalmente, para precisar esta última división, Gayo adiciona a su clasificación original dos rúbricas: las obligaciones que el deudor debe ejecutar como si hubiera celebrado algún contrato *"quasi ex contractu teneri videntur"* y las obligaciones que el deudor debe ejecutar como si fueran la consecuencia de haber cometido algún delito. No obstante, al hacer la compilación que se convertiría en el *Digesto*, Justiniano abrevió la fórmula de Gayo: "*Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt quasi ex contractu ex maleficio aut quasi ex maleficio"*. Así aparecen el cuasicontrato y el cuasidelito.

por hechos que no constituían ni contratos ni delitos y que las acciones, para hacer efectivas esas obligaciones, se parecían a las que venían o nacían de contratos *quasi ex contractus*. Las institutas de Justiniano (Libro III, tomo 27) dicen que hay acciones que nacen *como de contrato*; eran las precedentes de actos de gestión de negocios ajenos, del pago de lo no debido, de la tutela y del pago que un heredero hacía de los legados. Entre nosotros hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad.

De ellos trata el Código en tres capítulos (en los artículos 2303 y ss.). En efecto, la acción por aquellos casos nace *quasi ex contractu*: las acciones resultantes de la gestión de negocios ajenos se parecen a las que nacen del mandato, las del pago de lo no debido a las que nacen del mutuo o préstamo con interés y las que nacen de la gestión de la comunidad singular.

Aclaremos esto con el ejemplo del *negotiorum gestio*: si veo que la casa de mi amigo ausente ha sufrido deterioros por el invierno, para evitar que se siga destruyendo me decido a hacerle reparaciones sin que él haya dado su autorización. Si la tuviera, habría mandado y sería yo su mandatario, y él, como mandante, estaría obligado, entre otras prestaciones (artículo 2184 del Código Civil) a rembolsar los gastos razonables causados por la ejecución del contrato según el ordinal 2° de dicho artículo. Pero como no tengo esa autorización y he obrado como gestor de los intereses del otro, oficiosamente, no obstante si mi intervención estuvo bien a pesar de no haberse celebrado el contrato, queda mi amigo obligado a reembolsarme, cuando menos, las expensas útiles o necesarias, según el artículo 2308 del Código Civil. Pues bien: la acción que yo tengo contra mi amigo para que me pague dichos gastos, hace *quasi ex contractu*.

Es preciso tener en cuenta que los hechos constitutivos del cuasicontrato son siempre lícitos; por el contrario, si el hecho es ilícito y cometido con la intención de dañar, puede constituir un delito. En efecto, se llama delito al daño causado voluntariamente a otro con intención de dañar, y cuasidelito, al daño causado voluntariamente a otro por simple imprudencia o negligencia, esto es, sin intención de dañar, en tanto que delito es aquél en el que dicha intención existe. Ambos, delito y cuasidelito, obligan a la reparación según las reglas

previstas en el título 34 del Libro Cuarto del Código Civil, artículos 2341 a 2360, sin perjuicio de la pena que la ley imponga por la culpa o delito cometido.

Por último, a quienes se encuentran en determinadas circunstancias de hecho, la ley les impone ciertas obligaciones: por ejemplo, a la sociedad conyugal o al padre que sobrevive al otro, los gastos de crianza, de educación y de establecimiento de los hijos legítimos, por la disposición de los artículos 257 y 258 del Código Civil. El dueño de un predio está obligado a los gastos de deslinde y de cerramiento o cercas, en común con el vecino, y a ciertas prestaciones en las servidumbres legales (artículo 897). Así mismo, en otros casos que la ley va determinando. Por eso el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 dice que las obligaciones, en últimas, nacen de hecho o de actos, ya sean estos jurídicos o no jurídicos.

Pues bien: el mencionado artículo 34 de la Ley 57 de 1887 expresa esa misma noción y la que ya hemos visto y analizado del artículo 1494, y las reduce a tres casos globales: la convención o contrato, las que no nacen del contrato y que provienen del hecho voluntario y las que provienen de la ley. Si el hecho es lícito, constituye una declaración unilateral de voluntad o un cuasicontrato. Si 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.[11]

[11] Algunos códigos modernos sustituyen los cuasicontratos por una fuente de obligaciones más genérica, la del enriquecimiento sin causa. Es el caso del Código italiano de 1942 (artículos 2041 y 2042), del Código de Obligaciones suizo (artículo 62) y del Código peruano (artículo 1954). En Colombia, el enriquecimiento sin causa, junto con el abuso del derecho, ha tenido una larga acogida jurisprudencial, por ello fueron erigidos como fuentes de las obligaciones por el Código de Comercio de 1971, como lo veremos más adelante.

Lección III. Del contrato

El Código Civil asimila el contrato a convención como si fueran términos sinónimos. En realidad, en la práctica no se diferencian, se toma el uno por el otro; pero sí es distinta su estricta significación jurídica. La convención es más amplia que el contrato: es un acto jurídico que implica el acuerdo de varias voluntades con el fin de producir un efecto de derecho. El contrato es una especie particular de convención, y tiende a que nazca una obligación.

Con este propósito también conviene distinguir el contrato mismo y la obligación que de éste nace. El contrato y la obligación se distinguen si se considera su objeto. El objeto del contrato es dar nacimiento a una o varias obligaciones. El objeto de la obligación es dar algo al acreedor, prestarle un servicio o abstenerse de hacer algo en atención a él.[12] Los artículos 1496 a 1500 del Código Civil clasifican los contratos o convenciones y definen cada clase de ellos. Como esas nociones son bastante claras y consultan la clásica división de los contratos, nos remitimos al texto de estos artículos, pero conviene ampliar, o aclarar, algunos de esos conceptos.

Desde el punto de vista de su formación, el contrato es *solemne* o *formalista,* tal es el contrato de matrimonio y el de compraventa de inmuebles. Desde el punto de vista de su contenido, un contrato puede reducirse a que nazca una obligación, pero también puede hacerse para transferir o crear un derecho real: puede reducirse a dar nacimiento a un estado como el de matrimonio y adopción, que crean el estado de cónyuge o de hijo adoptivo. No obstante, si nos limitamos a los casos en que los contratos dan nacimiento a obligaciones, el *contrato* puede hacer nacer una sola o varias. Cuando son varias obligaciones, éstas pueden estar a cargo de uno o de otro de los contratantes, y entonces es bilateral o sinalagmático (por obligaciones sólo a cargo de una de las partes). Así,

[12] Esta misma es la posición de la Corte Suprema de Justicia, que en un fallo de 1978 sostuvo: "Distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no sólo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es género y el contrato especie. El nacimiento de obligaciones constituye, pues, el efecto propio del contrato". CSJ, sentencia del 18 de octubre 1972, GJ CLXII.

por ejemplo, el contrato de préstamo de común o mutuo es unilateral, porque al consumarse con la entrega de dinero que el prestamista hace al prestatario sólo queda pendiente una obligación: restituir en el lugar, tiempo y modo debidos lo que recibió; en cambio, la compraventa implica el nacimiento de obligaciones a cargo tanto del comprador como del vendedor.

Hay contratos en que la cosa o servicio se suministra o se presta gratuitamente con un pensamiento bilateral; por el contrario, en otros, la cosa o servicio sólo son un medio para recibir algo a cambio. Aquel es el llamado oneroso. La donación, claramente, es un contrato gratuito; el arrendamiento, claramente, es uno oneroso.

Los contratos onerosos se dividen en contratos conmutativos y aleatorios. Cuando con una compañía celebramos un contrato de seguro contra incendio, nos obligamos a pagar a ésta una cuota periódica durante cierto tiempo; la compañía, en cambio, se obliga a pagarnos una suma de indemnización en caso de siniestro. No es cierto que la casa se nos vaya a quemar, y tanto la compañía como nosotros deseamos vivamente que la casa no se queme. Puede suceder que cuando expire el término del contrato, nosotros hayamos pagado cumplidamente las cuotas a la compañía, la cual se habrá así enriquecido, y nosotros, en cambio, no hayamos recibido nada de ella. Sin embargo, y a pesar de esto, el contrato no puede clasificarse como de beneficencia, porque es claro que no fue ese el espíritu que nos animó, pues nosotros no obramos desinteresadamente al contratar. Este contrato es de tipo oneroso, pero conviene que la ley lo clasifique como aleatorio. El equivalente, la contrapartida de las cuotas periódicas que pagamos, es la obligación eventual de la compañía de pagarnos la suma prevista de indemnización en caso de incendio. Un riesgo de tal naturaleza bien vale la pena del precio o de las cuotas periódicas que nos comprometemos a pagar.

Hay contratos que la doctrina llama *instantáneos*, por oposición a los llamados *sucesivos*. La venta con inmediata entrega de la cosa es un contrato instantáneo; por el contrario, el arrendamiento es de realización sucesiva, porque implica para el arrendador la obligación de procurar el goce de la cosa durante un tiempo largo, y para el arrendatario, la del pago periódico.

Algunos contratos se llaman *accesorios* o de garantía. Con ellos se trata de garantizar el pago de una deuda o de la ejecución de una obligación y de prevenir el riesgo de la insolvencia del deudor o de que una cosa se haga o no se haga. Estos contratos accesorios pueden ser personales (como en la simple fianza) o reales (como la hipoteca o la prenda).

Existe otra clase de contratos que recibe el nombre de *colectivos*, en atención a que no presentan la contraposición de intereses de los contratos individuales. En la compraventa, el contrato individual, el vendedor tiene interés en vender lo más caro posible, y el comprador, en adquirir lo más barato, tanto así que la ley le ha puesto límite a esta ambición de intereses y anula el contrato cuando hay una *lesión enorme.*

El interés de las partes no presenta la misma oposición en los contratos colectivos; en éstos varias personas se unen, reúnen sus intereses o sus esfuerzos personales, para perseguir un fin común que a todos les interesa por igual o en proporción a su interés o acción. Tales son los contratos de sociedad y los de asociación. Aun cuando algunos le han negado el carácter contractual a estos que llamamos colectivos, no dejan de serlo porque para ser miembro de una sociedad o de una asociación es preciso, cuando menos, un acto de adhesión de voluntad o un estatuto en formación o ya formado, y una vez adherido, se crean obligaciones recíprocas. Caracteriza a esta clase de contratos la llamada ley *la mayoría* que, con sus decisiones, obliga a los miembros disidentes o que ni siquiera han participado en las deliberaciones.

Hay contratos que se denominan *instuitu personae*, es decir, sólo se celebran en atención a la persona con quien se contrata, como el acto tipo de matrimonio. Ejemplo de estos contratos son también el mandato y el arrendamiento de servicios, cuya característica es que siempre terminan con la muerte de uno de los contrayentes, salvo estipulación en contrario.

Finalmente, al lado de los contratos *nominados*, que son los más usuales y objeto de especial reglamentación en el Código, se presentan en la práctica muchos otros *innominados,* a los cuales se les aplica la teoría general de las obligaciones que estamos estudiando y las reglas especiales del contrato que más se le parezca. Sobre este tipo de contratos, en una sentencia de la Corte

Suprema de Justicia de 1936 se explica que éstos resultan como consecuencia de la combinación de tres formas de contratos tipo:

> …1) uniones de contratos; 2) contratos mixtos y 3) contratos típicos con prestaciones de otra especie. Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros. Por ejemplo, en una misma escritura pública concluyen las dos partes un contrato de compraventa de una cosa y de arrendamiento de otra. Esta unión no incide sobre la apreciación de las respectivas convenciones, cada una de las cuales sigue las pautas legales que le son propias. b) unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario: tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones. Por ejemplo, vendes una maquinaria para beneficiar café y al mismo tiempo, mediante una suma, te obligas a su montaje. Salvo para los efectos de la validez y de la revocación, en los cuales la del uno implica también la del otro, se juzga por las normas del tipo a que se ajustan. c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que sin el suceso positivo no acaece o acaece el negativo, se entiende concluido uno u otro contrato. Por ejemplo, compras un cafetal si para la cosecha que se beneficiará dentro de un mes el precio del grano se sostiene, y en caso contrario, lo tomas en arrendamiento por un año. En este supuesto, existe solamente aquél de los contratos que desenvuelva [...] el derecho propio del contrato que ello determinó. Los contratos mixtos se subdividen igualmente en tres especies: a) Los gemelos o combinados. En esta hipótesis, una de las partes se obliga a una contraprestación unitaria a cambio de varias obligaciones principales que corresponden a distintos tipos de contraídos por la otra parte. Aquí no se da el fenómeno de los contratos unidos entre sí. Sólo se trata

de dos o más tipos de contratos mezclados. Su peculiaridad estriba, por lo tanto, en que no pueden distinguirse sino por las obligaciones de uno de los contratantes exclusivamente. El ejemplo clásico entre nosotros se encuentra en el contrato que las empresas de navegación fluvial tienen establecido para el transporte en sus buques de personas por el río Magdalena. Este se revela como un contrato de obra combinado al de arrendamiento del camarote. Respecto de los alimentos no existe la compraventa de ellos sino en el supuesto de que su suministro se ajustara como una prestación accesoria. Semejante clase de convenciones se trata por el tipo correlativo de contrato para las prestaciones principales en lo que se refiere únicamente a estas. Cuando una disposición legal propia de una sola de las prestaciones combinadas debe afectar a la contraprestación única, solamente se aplica a esta en proporción al valor de ambas prestaciones principales. Sin embargo de lo dicho, depende de la relación económica que enlace las distintas obligaciones del contrato gemelo el ser procedente decretar la extinción total de éste por una de las causas legales prevista para cualquiera de los contratos tipos allí combinados. De lo contrario, será pertinente la extinción de la parte del contrato correlativo. b) Contratos mixtos en sentido estricto en donde se da un elemento que corresponde a un contrato de otro tipo. Por ejemplo, la donación que te quiero hacer vendiéndote la cosa por menos de su valor. Estos contratos no deben desarticularse en dos partes, como si se tratase de contratos unidos, cuando los mismos contrayentes no los han distinguido. Por consiguiente, rigen para todo el negocio las normas legales pertinentes al tipo del mismo. Y siempre que no obste a ello la naturaleza de la convención considerada en su conjunto, se aplicarán al elemento integrante perteneciente a otro tipo de contrato, las reglas previstas para éste. c) Los contratos de doble tipo en los cuales su contenido se amolda a dos tipos de contrato distintos, de modo que todo el negocio se presenta como una convención que puede ser ya de la una o de la otra especie. Por ejemplo, el uso de una pieza a cambio de servicios profesionales. Se aplican conjuntamente los textos legales de ambas clases de convenciones. Cuando se contradicen entre sí las disposiciones legales que regulan ambos tipos de contratos, deben analizarse los fundamentos sociológicos de aquéllas para

> ver de aplicarlas o no a la correspondiente convención de doble tipo. En cuanto a los contratos específicos con prestaciones subordinadas de otra especie, se caracterizan en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Por ejemplo, te vendo un artículo empacado, siendo entendido que los empaques debes devolvérmelos. Esta prestación de otra especie, subordinada al fin principal de la convención, puede revelarse, bien en su sentido secundario a esa finalidad total del contrato, o bien como medio encaminado a facilitar o posibilitar la realización de la prestación principal. En ambos supuestos, se aplican los textos legales que rigen el contrato tipo. Excepcionalmente puede tratarse la prestación secundaria por analogía del contrato al cual pertenece.[13]

Los contratos desempeñan un papel decisivo en la vida de las sociedades. Mediante ellos nos procuramos los medios de subsistencia por una serie de operaciones insensibles, pero que son contratos, y aun los actos no necesarios para la subsistencia, que son objeto de contratos o de actos de adhesión; el mismo dinero (considerado mercancía) es el resultado de actos y contratos como, y especialmente, el de arrendamiento de servicios. Solamente no intervienen en la vida contractual las personas que dependen absolutamente de otras, pero ellas obran por medio de sus representantes legales. De la mañana a la tarde estamos contratando: al tomar el TransMilenio,[14] al ir al café, al entrar al hotel o al asistir a un espectáculo público.

Disminuye el número de contratos en sociedades de organización colectivista, comunista; sin embargo, ni en la antigua Rusia soviética ni en la actual Cuba la institución contractual fue suprimida, pues los códigos civil y comercial que regían aquélla y el nuevo Código Civil de ésta, aprobado por la Asamblea Nacional de Cuba mediante la Ley 59 del 16 de julio de 1987, contienen la reglamentación de diferentes contratos.

Es importante anotar que otras sociedades, como la nuestra, donde se halla en pleno florecimiento el liberalismo económico y jurídico, el individuo

[13] CSJ, Cas. civ. 24 de marzo de 1936, G. J. t. XLIII, p. 73.

[14] Sistema de transporte masivo de Bogotá, cuya primera fase comenzó en enero de 2001.

adquiere obligaciones o vínculos sin quererlo o haberlo querido. Tales son las obligaciones internas de la familia y las obligaciones de la ejecución de actos ilícitos. El orden público impone al individuo, sin quererlo, la obligación de pagar los impuestos, el servicio militar, entre otras imposiciones.

Como ejemplos notables de estas imposiciones se encuentran: primero, el artículo 333 de la Constitución Política, que obliga al Estado a controlar los abusos de posiciones dominantes entre los contratantes. Tal abuso lo ha entendido el legislador de dos formas: una, la definida por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como "*La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*", cuyas hipótesis están previstas en el artículo 50 del mismo decreto, y, segunda, la establecida por el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, relativa a los contratos de prestación de servicios públicos, que en particular establece que posición dominante "es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios".

Segundo ejemplo, el desarrollo del control a las cláusulas abusivas, según lo previsto por el artículo 133 de la misma Ley 142 de 1994, el cual señala qué tipo de cláusulas en estos contratos deben ser consideradas como tales y extiende esta calificación en el numeral 26 a "Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que ponga en peligro la consecución de los fines del mismo".

Una tercera ilustración de esta tendencia se encuentra en el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual "en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones —las financieras— 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".

Finalmente, sin que se pretenda con esta lista agotar los múltiples ejemplos de intervención del Estado en el contrato, son de particular importancia las reglas de protección al consumidor, contenidas en el Decreto 3466 del 2 de diciembre de 1982, fruto del desarrollo económico que sin precedentes se ha vivido después de la década de los sesenta y que corresponde a la complejidad de productos y servicios que se ofrecen en el mercado, a la utilización de la publicidad en su comercialización y a la multiplicación de los préstamos de

consumo como mecanismo de financiación para la adquisición de tales bienes y servicios. Todos estos factores hacen que el comprador o prestatario del servicio se vea en situación de debilidad frente al productor o distribuidor de estos.

Por tales razones, el Estatuto de Protección al Consumidor establece varias excepciones a las reglas que en principio se aplicarían por el Código Civil al contrato respectivo y que, a su vez, establecen obligaciones especiales de información a cargo del vendedor o prestador del servicio: por ejemplo, la de registrar ante la Superintendencia de Industria y Comercio la calidad de los productos (artículos 2 a 10 del Decreto), la de imponer la veracidad y suficiencia de la publicidad de éstos (artículos 14, 15 y 17 del Decreto), la de manifestar la claridad en el precio (artículos 18 a 22), la de determinar las garantías a favor del comprador o prestatario del servicio (como la "garantía mínima presunta" y las otras previstas en los artículos 11 y siguientes de dicho Decreto) y la de simplificar la prueba de las condiciones de responsabilidad en caso de que se cause un daño al patrimonio de éstos por la adquisición del bien o la utilización del servicio, al determinar la negligencia del promotor del producto que induce a error al consumidor a través de la publicidad que se hace de éste (artículo 16), la inconformidad a los estándares de calidad por él registrados (artículo 23) o el establecimiento de formas especiales de reparación, como en el caso del incumplimiento de la garantía mínima presunta (artículo 29).

Lo anterior sin perjuicio de otras sanciones de tipo administrativo, como multas o prohibiciones especiales, que el Estado se reserva según la no conformidad de la actividad del productor, distribuidor o prestador del servicio a los registros por él realizados ante la Superintendencia (artículos 24 y 25, en cuanto a la calidad de éstos, y artículos 32, 33 y 34, en cuanto a las leyendas, marcas y precio), cuyas causales de exoneración (artículos 26 y 27, para los primeros) son más restringidas que aquéllas correspondientes a la responsabilidad del productor. De igual forma, el Decreto establece unas reglas especiales de procedimiento, tanto para el consumidor que requiriera ser indemnizado de un perjuicio como consecuencia de la adquisición del producto, como para la imposición de las sanciones administrativas en contra del productor.

Todas estas nuevas leyes tienen por finalidad cambiar la antigua concepción de la autonomía de la voluntad como el garante de la igualdad jurídica

entre los contratantes, en aras a defender la libertad de la industria y del comercio, y como un mecanismo necesario para eliminar las trabas feudales sobre la propiedad. Una tal igualdad entre contratantes rara vez es constatada en los contratos que se celebran en el día a día de los negocios, y una necesidad de protección ante los llamados "débiles jurídicos" (consumidores, trabajadores, inquilinos, etc.) se ha hecho más evidente, a tal punto que esta tendencia intervencionista del Estado se ha visto representada en la interpretación que de ciertos contratos ha hecho la Corte Suprema de Justicia, en los que utilizando criterios como el abuso del derecho,[15] la buena fe[16] y la conservación del equilibrio contractual[17] ha restringido en gran medida la libertad de los contratantes. La Corte Constitucional, a través de acciones de tutela, también ha interpretado en este sentido los contratos de "medicina prepagada",[18] al sancionar las modificaciones que de éste haga la compañía prestadora del servicio de forma unilateral, o al restringir la libertad de no contratar cuando este comportamiento vulnera el derecho fundamental de otra persona al trabajo.[19]

Ahora bien, pese a que estas manifestaciones tienden a restringir el alcance de la autonomía de la voluntad en la creación de obligaciones, en aras de limitarlo a través de obligaciones impuestas por la ley, confirman, sin embargo, que la voluntad sigue siendo un elemento fundamental y necesario para que nazca la obligación contractual. No hay contrato si no ha habido un previo acuerdo de voluntades o si cada una de las partes no ha dado su asentimiento a un reglamento o a una norma establecida; pero después del acuerdo de voluntades y de que la parte contratante ha conseguido su objeto (por ejemplo, hacerse propietario), puede uno verse privado de la cosa adqui-

[15] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de octubre de 1994, disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co; http://www.notinet.com.co o http://www.bibliotecajuridica.com.co.

[16] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de marzo de 1998, MP José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. 4798, disponible en: http://www.ramajudicial.gov.co; http://www.notinet.com.co o http://www.bibliotecajuridica.com.co.

[17] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Exp. 5670.

[18] Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 1997, reiterada en SU-1544 de 2000, T-699 de 2004, T-731 de 2004, T-152 de 2006, T-875 de 2006 y T-196 de 20007.

[19] Corte Constitucional, Sentencia T-375 de 1997. Sobre la evolución del concepto de autonomía de la voluntad y su limitación a través de la intervención del Estado, véase también a José Melich-Orsini, *Teoría general del contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 29.

rida por resultado de una expropiación, de un concurso de acreedores o de la usucapión por un tercero, todo por imposición de una norma superior que está por sobre la voluntad del individuo.

De esto, y de otros casos que vamos a tratar, resulta que al lado de la voluntad de las partes hay una norma o estatuto impuesto por la sociedad que interviene para determinar las condiciones de existencia de los contratos y los efectos de las obligaciones, de manera que esa norma o estatuto impuesto por la sociedad no da efectos jurídicos a todo lo que las partes han querido o les impone efectos que las partes no se propusieron crear. Eso explica cómo no deja nacer la obligación cuando el intercambio de consentimiento no es satisfactorio, así porque una parte haya ejercido presión o violencia sobre la voluntad de la otra, o porque haya una gran desproporción o desigualdad en los valores cambiados, o porque el fin que las partes se propongan sea inmoral o ilícito o contrario al orden público.

Corresponde al primer curso el estudio de la trascendental cuestión de lo que sea el orden público o disposiciones imperativas. Según los artículos 15 y 16 del Código Civil, son ellas cuestiones que las partes no pueden hacer materia de contrato ni de transacción y son derechos que no pueden renunciarse. Recordemos las obligaciones emanadas de la institución o creación de la familia, las de los padres para con los hijos —no se puede renunciar a la obligación de mantener a los hijos—. En otras partes del Código Civil veremos cuántos derechos son irrenunciables. Constituye ese orden público un estatuto social expreso, y algunas veces tácito, que la doctrina estima son *disposiciones imperativas*, por oposición de las disposiciones facultativas.[20]

[20] En el *contrato de trabajo*, innominado hasta la Ley Sexta de 1945, se manifiesta más claramente eso que hemos llamado estatuto, orden público o disposiciones imperativas, que no pueden derogarse por convenios particulares, por oposición a las cláusulas facultativas que nos han permitido hablar de la autonomía de la voluntad. Entre nosotros no es materia de reglamentación especial que lo regule íntegramente. Es una derivación desprendida de las disposiciones del Código Civil, que regulan el arrendamiento de servicios y que, merced a leyes que se han ido dictando aisladamente en el curso de varios años, han venido a componer una especie de embrión del Código de Trabajo.

No obstante mucho se ha consagrado ya, la doctrina y la jurisprudencia deben orientarse en el sentido de considerar todas esas disposiciones como de orden público o interpretativas imperativas. En nuestro régimen individualista y de protección a la propiedad privada, el contrato de trabajo se inspira en la protección a favor del obrero, pues al dictar esas normas el Estado tiene en cuenta que

Las disposiciones facultativas son aquellas que la ley permite a las partes convenir por medio de un contrato: ellas prevén sus derechos y obligaciones, ellas prevén cómo serán reguladas las diferencias que se puedan presentar con motivo de la ejecución de los mismos contratos. Por ejemplo, en la cesión de un crédito, según el artículo 1965 del Código Civil, el cedente puede hacerse responsable de la solvencia del deudor, pero si no se compromete expresamente a ello, no responde a la futura insolvencia. Otro ejemplo: el contrato de arrendamiento termina con la muerte del inquilino, pero puede no terminarse si las partes así lo estipulan y continuar entonces con los herederos.

Este enorme campo de acción para que juegue libremente la voluntad de las partes es lo que se ha llamado el *principio de la autonomía de la voluntad.* Se puede decir que las partes se hacen una especie de ley personal, porque tienen el poder, mediante los contratos, de crearse las obligaciones que les plazcan.

Es el principio consagrado por el artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado en una ley para los contratantes y sólo puede ser invalidado por el consentimiento mutuo o por causas legales.

Tres efectos se han atribuido a esta regla. Primero, para que el contrato sea vinculante para las partes, tiene que celebrarse conforme a las previsiones

---

de no hacerlas imperativas, sería posible la presión de una clase social o económica sobre otra que, por su posición inferior, peculiarmente hablando, impusiera con abuso su voluntad.

Ese conjunto de disposiciones aisladas, todas relativas al contrato de trabajo, tienden evidentemente a proteger al empleado e impiden que su labor se dé en condiciones perjudiciales para la salud, que sea mayor el número de horas de trabajo a las que normalmente soporta el organismo, que el salario sea insuficiente, etc.

El empleado no puede renunciar a esta posición a favor del empleador, porque como disposición imperativa o de orden público se dicta para que se cumpla aun contra la voluntad del que por su posición puede abusar. De esta manera, así como la ley se niega a darles valor o efecto a ciertas manifestaciones contractuales —y con ello limita así la voluntad de las partes—, impone otros efectos y toma disposiciones aunque las partes no las acuerden.

Esta última reglamentación, que regula imperativamente la formación o efectos de los contratos, se caracteriza con frecuencia como una tendencia social y se dice entonces que es la *legislación social.* Aunque es verdad que la teoría socialista ha ejercido una influencia decisiva sobre la aludida legislación social —especialmente sobre la legislación del trabajo—, la denominación de *legislación social* no tiene el mismo alcance que la expresión *socialismo*, el cual en realidad es un reflejo del marxismo. La legislación social tiende directamente a proteger al individuo y parte de la base de la diferencia de clases, de la colectivización, de la nacionalización de bienes y de empresas, de las fuerzas naturales y de la supresión de la propiedad privada.

legales: cumpliendo los requisitos de validez, como que los contratantes sean capaces, que su consentimiento se encuentre exento de vicios, que éste recaiga sobre un objeto lícito y que haya sido motivado por una causa lícita. Segundo, una vez formado, éste sólo vincula a quienes lo celebraron, en las condiciones que ellas mismas han querido, lo cual explica que en principio el contrato no se imponga a terceros o que éstos no puedan prevalerse de las consecuencias del contrato, salvo cuando se haya hecho una estipulación en este sentido, conforme a la regla del artículo 1506 del Código Civil, o cuando el contrato se ha cedido, caso en el cual se aplican las reglas del Capítulo VI del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio. Y, tercero, sólo la ley o el acuerdo mutuo de las partes puede modificar, suspender, revocar o terminar el contrato.

Lección IV. De las condiciones esenciales para la validez de un contrato y, en general, de los actos y declaraciones de la voluntad (la capacidad)

Para que una persona se obligue a otra por un acto o una declaración de voluntad es necesario: (1) que sea legalmente capaz, (2) que consienta en el acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio, (3) que recaiga sobre un objeto lícito y (4) que tenga una causa lícita. En estos términos se expresa el primer inciso del artículo 1502 del Código Civil. Estudiaremos separadamente cada uno de estos requisitos, los cuales se refieren: (1) a la capacidad, (2) al consentimiento, (3) al objeto y (4) a la causa.

Consecuencia explicable de que falte uno o varios o todos estos requisitos es la sanción de nulidad en sus múltiples manifestaciones y calidades que estudiaremos separadamente. La cuestión de la *capacidad* es materia del curso primero de derecho civil. Haremos, sin embargo, una síntesis de la materia en esta lección, en tanto que las siguientes tratarán de las restantes condiciones para la validez de los contratos.

La capacidad es la regla general. Las incapacidades las establece la ley y constituyen la excepción, por lo tanto, una incapacidad debe probarse. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquella que la ley declara incapaz, según lo dice el artículo 1503 del Código Civil. La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma y sin el ministerio o autorización de la otra.

Hay incapacidades absolutas, las hay relativas y las hay accidentales o especiales. Son *absolutamente incapaces* los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen obligaciones naturales y no admiten caución. Esta doctrina es la del artículo 1504 del Código Civil y se explica porque ni el demente ni el impúber ni el sordomudo pueden manifestar un consentimiento o voluntad consciente. Es de orden público que sus actos no produzcan obligaciones:

- Impúberes. Agregamos a lo dicho que lo son, según el artículo 34 del Código Civil, el varón menor de catorce años de edad y la mujer menor de doce años de edad. De esto no se deduce que un impúber tenga su patrimonio fuera de comercio. Su padre o su madre, en uso de la patria potestad, y en su caso su tutor, pueden comprometer sus bienes y cuando éstos son inmuebles media además la autorización del juez. Hay que tener en cuenta que la incapacidad no es para adquirir, sino para obligarse.

- Dementes. Pertenece a la biología la clasificación de las demencias. El vocablo viene de la expresión latina *dementis capere* (tocados de la mente). Pertenece al curso de derecho civil-personas el estudio de la reglamentación legal de los afectados de esa enfermedad, en cuanto a sus bienes y obligaciones. Recordemos cuándo hay interdicción por causa de demencia. El interdicto, mientras lo esté por virtud de la sentencia judicial, no puede absolutamente contratar y obligarse. Mientras ese lapso dure, lo que actúe es nulo y es interesante subrayar que para deducir la nulidad de lo actuado por él no se necesita probar la demencia, sino la interdicción, sin que valga demostrar que mientras duró la interdicción gozó de momentos lúcidos durante los cuales contrató. En cambio, si no está bajo interdicción judicial, el acto del demente se considera válido a menos que se pruebe que cuando lo ejecutó estaba demente.

- Sordomudos. Es incapaz mientras no pueda darse a entender por escrito, porque no puede manifestar su voluntad físicamente y es imposible investigársela.

Las actuaciones de las tres clases de incapaces dan lugar a una nulidad absoluta, pues son de orden público. En consecuencia, sus actos no obligan ni moral, ni naturalmente (artículo 1527), y no puede garantizarse su cumplimiento por otras personas por medio de fianzas, hipotecas y cláusulas penales (artículo 1529), porque esta clase de acciones implican contratos accesorios que no

pueden acceder al contrato nulo, ni caucionar una obligación natural (artículos 1689, 2314 y 2348, regla 3ª).

Por su parte, el inciso del artículo 1504 enfoca las incapacidades relativas. Después de haber dicho en su inciso, primera parte, que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos, en forma tal que sus actos no producen obligaciones naturales y no admiten caución, dice que también son incapaces: (1) los menores adultos,[21] (2) los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, (3) las personas jurídicas y (4) antes de la Ley 28 de 1932, las mujeres casadas.[22] A diferencia de la incapacidad de los impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y desde ciertos respectos determinados por las leyes.

Así, el varón menor de catorce años de edad y la mujer menor de doce años (artículo 34 del Código Civil) son absolutamente incapaces, pero el varón mayor de catorce años y la mujer mayor de doce años y menores de 18, son relativamente incapaces. Estas incapacidades las establece la ley en protección de ellos, de la forma en que veremos: la nulidad en que incurren sólo la pueden invocar en su favor y no el que con ellos contrató y, por lo mismo, es ratificable por los incapaces una vez que sean capaces o estén bien representados. Para compensarles la incapacidad, la ley les da un representante legal: (1) los menores adultos: el padre, la madre o el curador; (2) para los disipadores en

[21] Antes de la Ley 27 de 1977, la incapacidad relativa se predicaba de los menores adultos no habilitados de edad, esto es, las personas que tenían más de 18 y menos de 21 años, toda vez que la mayoría de edad se obtenía con esta última edad. La Ley 27 de 1977 derogó el régimen de la habilitación de edad (artículos 339 a 345 del Código Civil), al disponer que la mayoría de edad se obtenía a los 18 años. De esta manera, a partir de esta ley, son los varones mayores de 14 y las mujeres mayores de 12 hasta cuando alcancen la mayoría de edad.

[22] Las reglas de los artículos 182 a 192, relativas a la potestad marital, fueron derogadas por la Ley 28 de 1932 y el Decreto 2820 de 1974. La potestad marital era ejercida por el marido de la mujer, a fin de compensarle la incapacidad que de ellas presumía el Código Civil. Respecto a la incapacidad para las mujeres casadas, el artículo 5º de la Ley 28 de 1932 les ha dado la capacidad para obligarse a sí mismas, sin olvidar la repercusión que el acto o contrato de la mujer casada tiene directamente sobre sus bienes propios y según la autorización del marido, en concurrencia con los bienes de éste. De esta manera, dicha ley ha venido a modificar el artículo que comentamos.

interdicción: también un curador, y (3) para las personas jurídicas: el respectivo director, gerente o representante de la persona ficticia. El acto ejecutado por estas personas, sin la asistencia de sus representantes, se limita a ser una simple obligación natural (artículo 1527), es decir, no da acción para exigir su cumplimiento, pero cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas; en cambio, como decíamos, el acto del absolutamente incapaz no produce siquiera obligación natural.

Ahora, si el menor adulto obra con capacidad de mayor de edad y puede ejercer el comercio como profesión mercantil (artículos 1º del Código Civil y 12 del Código de Comercio), puede administrar este menor su peculio profesional o industrial (artículo 301 del Código Civil) y, además, puede testar libremente (artículos 309 y 1060 del Código Civil).

Respecto de los disipadores, para su incapacidad es necesario que se les ponga una interdicción (artículo 531 del Código Civil) y también testar libremente. La declaración de interdicción por incapacidad es un procedimiento cómodo para asegurar la protección de los incapaces, sea por demencia, disipación, etc., porque facilita la prueba para obtener la anulación del acto perjudicial para el interdicto.

En cuanto a las personas jurídicas, su incapacidad relativa depende de que el respectivo gerente es quien debe actuar por ellas y no otro, a menos que obre por poder de aquél y siempre dentro de los límites y atribuciones de los estatutos. Deben tenerse en cuenta los atributos del artículo 633 y ss., que tratan de esta clase de personas, y del artículo 1745, que asimila las corporaciones de derecho público y las personas jurídicas, en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos, a las personas que están bajo curaduría.

Los actos de estas personas relativamente incapaces pueden tener valor en ciertas circunstancias y según la manera como la ley les ordena que obren, o las autoriza para obrar. Por ejemplo, si el menor adulto compra un inmueble y en el contrato lo representa el padre o la madre legítimos o quien tenga su patria potestad, el acto es perfectamente válido. La prohibición no es para adquirir, pero al adquirir debe hacerlo por medio de su representante. La prohibición es para enajenar, pero enajena válidamente si además de celebrar

el contrato por medio de su representante legal, ha obtenido licencia judicial (si se trata de inmuebles).

Además de las incapacidades absolutas y relativas, hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. Estas son las llamadas *accidentales* que, según el caso, pueden ser absolutas o relativas, por ejemplo, el marido no puede venderle a su mujer ni el padre al hijo de familia.[23] Estos contratos serán nulos absolutamente por razón de orden público y porque todo acto prohibido por la ley es nulo según el artículo 6 del Código Civil.

Los empleados públicos tienen incapacidad para celebrar ciertos actos según los artículos 1853 y 1854, y los mandatarios y albaceas, en el caso del artículo 1856 del Código Civil. Según el artículo 14 del Código de Comercio, los funcionarios de entidades oficiales y semioficiales no pueden comerciar respecto de actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones. Actos particulares de comercio sí pueden ejecutar (como girar un cheque), lo que les está prohibido es el ejercicio permanente de la profesión mercantil. Cuando esos actos son ratificables, *v. gr*., los del mandatario que extralimitó sus funciones, no son nulos absolutos, sino relativos, y el vicio de nulidad en ese caso desaparece con la ratificación del mandante.

De este modo, los actos de los absolutamente incapaces: demente, impúber y sordomudo carecen de nulidad absoluta; los de los relativamente incapaces: menor adulto, persona jurídica, etc., de nulidad relativa, y los actos de incapacidad accidental pueden ser de nulidad absoluta o relativa. El artículo 1505 dice que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada

[23] La nulidad del contrato de venta entre cónyuges no divorciados, prevista originalmente en el artículo 3º de la Ley 28 de 1938, que integró a su vez el artículo 1852 del Código Civil, fue equívocamente declarada inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-068 de febrero 10 de 1999, con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra. La Corte Constitucional en su análisis de constitucionalidad no consideró necesario tener en cuenta que el fundamento mismo de este tipo de nulidad se encontraba en que por virtud del artículo 180 del Código civil el régimen general aplicable al matrimonio es el de la sociedad conyugal y, en consecuencia, los cónyuges no podían hacer negocio alguno que pudiera alterar este régimen, como bien lo explicaba la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de junio 13 de 1991, GJ t. CCVIII, p. 468.

por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo.

De esta manera, hay dos clases de representantes: representantes voluntarios, que se llaman apoderados, procuradores y, en general, mandatarios, quienes para obligar al demandante es necesario que se ciñan a las facultades que se les hayan conferido, es decir, a los términos del mandato (artículos 2142, 2157, 2186, 741, inciso 4º, y 782), y representantes legales (artículo 62), que son dados por la ley como el padre, el guardador, el gobernador, el presidente de la República, etc., cuyos poderes desde luego emanan no de contratos, sino de los preceptos legales, excediendo los cuales hay abuso de autoridad e ineficacia legal.

Lección V. De las condiciones esenciales para la validez de un contrato y, en general, de los actos y declaraciones de la voluntad (el consentimiento)

El consentimiento es la segunda condición necesaria para la validez del contrato, según el artículo 1502. Después se ocupa de éste el Código en los artículos 1508, 1509, 1510, 1511 y 1512. En el derecho francés, ese Código consagra los artículos 1109 a 1122 en el título *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* que tratan de los vicios del consentimiento, que le impiden ser válido. ¿En qué consiste el consentimiento? En asentir algo: en la adhesión de las partes que se manifiestan por la oferta de la una, por la aceptación de la otra. El consentimiento no puede ni debe confundirse con la convención, porque sólo es uno de los elementos de ésta, es el acto de voluntad de cada parte, mientras que sólo hay convención cuando esas voluntades se encuentran. La convención es el resultado del encuentro y cambio de consentimiento.

El término *consentimiento* se toma generalmente en dos sentidos: (1) designa el acuerdo de voluntades —según su etimología *sentire cum*, es decir, aquiescencia a algo, al tiempo que otro, y (2) es la voluntad de un contratante tomada con independencia de la voluntad del otro. Consentir viene de *cum y sentire: sentire cum allio.* Es la adhesión intelectual.

En general, el consentimiento se manifiesta por signos, por palabras, por escrito; expresa o tácitamente, y aun por actos que lo suponen o lo aplican. En derecho no puede decirse que "el que calla otorga o consiente". No. El simple silencio no obliga, pero puede suceder que las circunstancias que acompañan el silencio le den el alcance de un consentimiento tácito. Por ejemplo, no es consentimiento tácito el que yo reciba una publicación o muestra de mercancía con propuesta de abono o de venta y no tomarme la molestia y el gasto de contestar, molestia y gasto que el proponente no tenía por qué imponerme a mí. Pero sí implica consentimiento cuando, por ejemplo, le hago a una persona una gestión

de negocios que a ella le interesa y ésta, sabiéndolo, no se opone. En este caso su silencio no tiene otra explicación que el consentimiento tácito.

El inciso tercero del artículo 2014 del Código Civil, relativo a la renovación del contrato de arrendamiento, es un ejemplo legal clásico de eventos en los que el consentimiento puede ser expresado tácitamente. En derecho mercantil también hay reglas especiales para estimar cuándo el silencio a las propuestas directas y al público implica consentimiento tácito, en el artículo 854 del Código de Comercio. Sin embargo, la regla general de que el consentimiento puede manifestarse de cualquier manera, aun tácita, tiene excepciones:

En efecto, hay actos y contratos llamados *solemnes* (el desistimiento de un pleito, el testamento, entre los actos, y la venta de un bien raíz, entre los contratos) en que la ley sólo ve consentimiento cuando él se ha dado por escrito y con ciertas formalidades; manifestar el consentimiento en esa precisa forma legal es indispensable para la validez del acto o contrato.

Hay veces en que la ley requiere el consentimiento para considerar obligado o ligado a otro, por ejemplo, si el donatario no manifiesta expresamente —aunque no sea por escrito— que acepta la donación, el donante mientras tanto puede revocarla. En los contratos *reales,* como el préstamo o el depósito, el consentimiento se subordina a la entrega de la cosa, y es claro, porque nadie está obligado a restituir lo que no ha recibido.

Otras veces se exige el consentimiento *expreso*, es decir, se excluye el tácito; por ejemplo, para que haya novación de la obligación. Otras, finalmente, son las partes las que estipulan que no había contrato definitivo, sino mediante la redacción de un escrito o el cumplimiento de un hecho; por ejemplo, el contrato de seguros, cuando se dice que sólo producirá efectos mediante el pago de la primera cuota.

Es una cuestión de hecho el distinguir la manifestación del consentimiento y la simple apariencia de tal. Tanto el naturalmente incapaz (como el demente o el sordomudo, que ni puede darse a entender por escrito) como el verdaderamente capaz (y entre éstos el que se halle en estado de completa embriaguez) o el perfectamente lúcido pueden consentir en apariencia. La apariencia de consentimiento no tiene valor.

En las personas capaces, naturalmente, puede haber simple apariencia de consentimiento en la hipótesis de que un gesto o una palabra sean susceptibles de interpretarse equivocadamente por los que lo vean o lo oigan, como una declaración de voluntad, pero que en realidad no traduzca su verdadera intención y pensamiento. Ejemplo típico del consentimiento aparente es el de la persona que en una reunión en que se rematan cosas al mejor postor o se ofrecen en martillo levanta la mano para dirigirse a otra persona de la concurrencia y no al que lleva la voz para vender. Bien entendido el signo o la palabra, aclarada la actitud del que levantó la mano, se ve que no hubo intención de contratar: faltó el consentimiento. Es claro que si esa persona no protesta cuando advierte que su gesto ha sido tomado como manifestación de opción o de compra, no podrá posteriormente destruir el equívoco.

Hay que tener en cuenta también que el consentimiento debe ser serio. No lo sería la oferta pública —simple propaganda—, según la cual el dueño de un almacén dice en un periódico que da una suma de pesos a otro almacén que venda un mejor producto que la muestra. No hay allí intención de obligarse, sino, como se ha dicho, una simple propaganda y ninguno puede prevalerse de ella para exigir el pago si tiene mejor mercancía.

Al no ser mencionadas por el Código Civil, la oferta y la aceptación se han regulado analógicamente por aplicación de las reglas del Código de Comercio, y constituyen éstas una de las pocas materias en las que las reglas mercantiles son también aplicables para las relaciones civiles. Conforme al artículo 845 del Código de Comercio, la oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, el cual deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario por cualquier medio adecuado para ello, lo cual incluye también un mensaje electrónico de datos (artículo 14 de la Ley 514 de 1999).

La oferta no es vinculante en la medida en que no sea comunicada. Una vez conocida la oferta por el destinatario, ésta es irrevocable, según dispone el artículo 846. Este carácter de irrevocabilidad de la oferta es lo que explica que a la luz de nuestra ley la oferta no caduque con la muerte del oferente, y que sea contractual la naturaleza de los perjuicios que se causaren al retractarse, pese a

que el contrato definitivo aún no haya sido formado.[24] En efecto, el artículo 846 prevé dos situaciones sucesivas y concatenadas entre sí: un primer contrato, "contrato preliminar", que nace del concurso de voluntades, ambas de acuerdo en que se formule una oferta y en que ésta sea comunicada, y cuyo único efecto es que una de las partes —el proponente para el caso— quede vinculada; y un segundo contrato, el definitivo, cuya formación depende entera y exclusivamente de la aceptación de la otra parte —el destinatario de la oferta—; por supuesto, también para este segundo contrato es necesario el asentimiento del oferente, sólo que este no puede rehusar la formación del contrato, so pena de ser obligado a ejecutar en naturaleza la obligación de suscribir el contrato o de indemnizar el daño emergente y el lucro cesante que por la no contratación

[24] He aquí una de las más grandes diferencias del régimen de la oferta y aceptación colombianos frente al régimen francés. Si para el primer sistema la oferta es irrevocable una vez sea comunicada, para el segundo tal carácter de irrevocabilidad sólo se obtiene cuando la oferta sea aceptada, es decir, cuando ya haya contrato entre las partes. Tradicionalmente se ha explicado esta diferencia entre los dos sistemas en relación con la teoría de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, propia de la evolución del derecho romano estudiado en Alemania durante el siglo XIX y que fuera consagrada en los Código civiles alemán de 1990 e italiano de 1942. La oferta, tanto en estos sistemas como en el colombiano, constituye una declaración unilateral de voluntad que crea una verdadera obligación a cargo del oferente; al paso que, en el sistema francés, atado a la idea de que la libertad de contratar implica a su vez la posibilidad de retractarse, en principio, no confiere a la oferta ningún carácter vinculante. Las excepciones legales al sistema francés se reducen a ciertas operaciones especiales protegidas por el Código del Consumo, como son las de crédito (artículo L. 311-8) y de compraventa de bienes inmuebles (artículo L. 312-10, inciso 1). De igual forma, el artículo 23 de la Ley 12 de julio de 1984 establece que la oferta de alquiler-accesión debe ser mantenida durante un lapso que varía de 15 a 30 días, según el caso. Sin embargo, las consecuencias de esta obligación de mantener la oferta no son semejantes a las de su irrevocabilidad: aunque dicha oferta no pueda ser revocada, esto no se traduce en que las partes hayan consentido en una promesa de contrato. En cuanto a la jurisprudencia francesa, las excepciones al principio de la revocabilidad de la oferta se han establecido en las hipótesis en que el solicitante señala un plazo (Cass. req. 28 fév. 1870, DP. 71.1. 61; 27 juin 1894, DP 94.1.431; Cass. 3e civ., 20 mai 1992, Bull. Civ. III. Nos. 164, p. 100, D. 1992, somm. Com. 397, obs. J. L. Aubert, D. 1993.493, note Virassamy, RTD civ. 1993, 345, obs. J. Mestre), o cuando a pesar de no expresarse tal plazo, la oferta contiene uno tácito (CA Bordeaux 17 janv. 1870, DP 71.2.96, S. 70.2.219).

causó al destinatario de la oferta,[25] son estos los perjuicios a los que se refiere dicho artículo.[26]

Por último, cabría preguntarse si una simple convocatoria podría adquirir en ciertos casos la naturaleza de una oferta, a lo cual la Corte Suprema de Justicia ha contestado favorablemente, ya que:

> … puede suceder que la invitación contenga la concluyente declaración del emisor de que innegablemente realizará el negocio jurídico con la mejor propuesta, evento en el cual, es preciso subrayarlo, la convocatoria puede adquirir la naturaleza de una oferta. Otros términos: dada la certidumbre que el interesado le imprima a su invitación, pueda ella concebirse, también, como una verdadera oferta, en cuyo caso deberá éste revelar su indeclinable intención de contratar, manifestación que debe ser completa y comunicada al destinatario, de modo que su aceptación perfeccione el contrato.[27]

En cuanto a la aceptación, ésta puede ser expresa o tácita (artículo 854), pero si ésta es condicional o extemporánea, el artículo 855 siguiente la considera una nueva oferta o, mejor, una contraoferta, cuya aceptación dará nacimiento al contrato. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo (artículo 1508 del Código Civil). En las siguientes lecciones veremos, en primer lugar, el error, luego el dolo y, por último, la fuerza, todos éstos denominados por la doctrina como vicios del consentimiento.

---

[25] Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. 28 de junio de 1989, en *Jurisprudencia y doctrina*, t. XVIII, No. 213, Legis, Bogotá, 1989, p. 597; CSJ, Cas. Civ. 23 de noviembre de 1989, en *Jurisprudencia y doctrina*", t. XIX, No. 217, Legis, Bogotá, 1990, p. 75; CSJ, Cas. Civ. 27 de junio de 1990, en *Jurisprudencia y doctrina*, t. XIX, No. 225, Legis, Bogotá, 1990, p. 597; CE, Nulidad y restablecimiento del derecho, 4 de marzo de 1991, en *Jurisprudencia y doctrina*", t. XX, No. 233, Legis, Bogotá, 1991, p. 400; CE, Nulidad, 10 de octubre de 1994, en *Jurisprudencia y doctrina*, t. XXIII, No. 276, Legis, Bogotá, 1994, p. 1550; CSJ, Cas. Civ. 8 de marzo de 1995, en *Jurisprudencia y doctrina*, t. XXIV, No. 281, Legis, Bogotá, 1995, p. 493; CSJ, Cas. Civ. 4 de abril de 2001, Expediente 5716, disponible en http://www.ramajudicial.gov.co, http://www.notinet.com.co o http://www.bibliotecajurídica.com.co.

[26] No se trata aquí de una equivocación en la redacción del artículo, como lo sostienen Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y de los contratos en general,* Temis, Bogotá, 1982, p. 187, y Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones*: *teoría del acto jurídico y otras fuentes,* 6a ed., Temis, Bogotá, 2004, p. 48.

[27] CSJ, Cas. Civ. G.J. CXCVI, pp. 121 y ss.

Lección VI. Del error como vicio del consentimiento

En primer lugar, veamos el *error de derecho*: que no vicia el consentimiento, según el artículo 1509. Sigue en esto nuestro Código al derecho romano, que no acudía en auxilio del que había contratado y cometía un error de derecho. Muchas legislaciones se pronuncian en ese sentido, es decir, este error sólo puede invocarse como causa de nulidad cuando se trata de un error de hecho, sobre un punto de derecho. Es una cuestión de hecho, por ejemplo, saber si determinados linderos son los de este predio y no los de aquél; en cambio, es una cuestión de derecho creer que entre nosotros el varón que tiene 17 años de edad es capaz de contratar por sí solo, es decir, que no es plenamente capaz si no es mayor de edad.

O como dicen los expositores, es una cuestión de hecho determinar si una persona resultó herida por el atropello de un vehículo o por otra causa, y es cuestión de derecho saber si el conductor del vehículo que la hirió es responsable al probar que no cometió una culpa.

Hay error de derecho cuando una de las partes o ambas se engañan sobre un punto de derecho, sea que ellas ignoren la ley o que la interpreten mal. Hay error de hecho cuando una de las partes o ambas se engañan sobre un elemento de hecho y cuando la ignorancia en que ellas se encuentran las hace despreocuparse en cuanto al contrato. Es un caso de error de hecho el que en una sucesión los coherederos admitan la participación como heredera de una persona que ellos creen que es su pariente y, sin embargo, es extraña. Y es error de derecho el que los herederos admitan como parte en la herencia a dos primos hermanos, en la creencia errónea de que la ley admite la representación en la línea colateral. También hay error de derecho, y en este caso sobre la sustancia de la cosa, cuando el cedente de derechos hereditarios creía no heredar legalmente, sino la nuda propiedad de los bienes, cuando en realidad tenía derecho a la propiedad plena.[28]

[28] Cass. civ. 17 nov. 1930, D. 1932.1.161, note J. Ch. Laurent, S. 1932.1.17, note A. Breton.

Los redactores del Código chileno creyeron necesario estatuir que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento después de haber establecido que la ignorancia de la ley no sirve de excusa;[29] pero la complejidad de negocios y de la legislación en los tiempos modernos no se compadece con la ficción legal de que todo ciudadano conoce la ley y de que no se engaña sobre una cuestión de derecho, cuando la experiencia demuestra que esa suficiencia de conocimientos legales no puede predicarse con seguridad ni aun de los profesionales en la materia.

Por esta razón, la doctrina ha evolucionado en las legislaciones en que no existe nuestra regla, aunque sí existe la referida ficción, en el sentido de que el error de derecho vicia el consentimiento lo mismo que el error de hecho, y así se cita en el caso de que en Francia una sentencia admitió como causa de nulidad de la renuncia de unos derechos hereditarios el no haber tenido conocimiento el renunciante de una nueva ley que le quitaba el carácter de heredero que antes tenía.[30]

En cuanto a los errores de hecho, nuestro Código sigue también la tradición romana, que los clasificaba así: error en el negocio, error sobre la persona, error sobre la cosa que constituye el objeto del contrato y error sobre la sustancia de la cosa.

Del error *in negotio* hay una consagración en la primera parte del artículo 1510 del Código Civil: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o se celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación". O como si una persona

[29] De esta forma lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia: "Si el error sobre un punto de derecho, por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, con falsa causa o inmoral. La severa fórmula del jurisconsulto Labeón, *juris ingorantia non podest*, si se la entiende en el sentido de que no mira a la concurrencia de los otros tres requisitos necesarios para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro Código. Consagró éste el principio a la concurrencia de los otros tres requisitos necesario para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro Código. Consagró éste el principio contrario, más de acuerdo con la justicia" (CSJ, Cas. 29 de septiembre de 1935, GJ t. XLIII, p. 138).

[30] Cass. 1ère civ., 15 juin 1960, S.1961.1. note R. Savatier, JCP 1961.II.12274 note P. Voirin.

entregara a otro un caballo, entendiendo que dárselo en arrendamiento y ésta lo recibe creyendo que se lo da en comodato.

Del error sobre la cosa que constituye el objeto del contrato hay la consagración en la segunda parte del artículo 1510 del Código Civil: "*o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en un contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra*". Es muy claro este caso para poner ejemplos, y así nos basta con el tan conocido de la persona que va a una caballeriza y designa o elige de entre el conjunto a determinada especie o ejemplar y luego el vendedor le remite a otro ejemplar que creyó erróneamente era el señalado por el comprador.

Del error sobre la sustancia de la cosa está consagrado en la primera parte del artículo 1511 del Código Civil: "El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una masa de algún otro metal semejante". El ejemplo típico del derecho romano era el metal de que estaba hecho un candelabro que, creyéndolo el comprador de oro, le resultaba de un metal inferior parecido. En Francia, para que esta clase de error ocasione nulidad, según el artículo 1110 de ese Código, se necesita que recaiga sobre la sustancia misma de la cosa, pero la jurisprudencia francesa actual entiende por sustancia de la cosa no solamente la materia de que está hecha la cosa, sino igualmente un error sobre una calidad de esa trascendencia con un criterio subjetivo: es la calidad que el contratante o contratantes han tenido en cuenta principalmente y que los ha determinado a contratar: aquella; es una palabra de la que se puede decir: si el interesado hubiera conocido su error, evidentemente no habría celebrado el contrato.[31]

Nuestro artículo 1511, expresamente, consagra aquello a lo que en Francia se ha tenido que llegar por vía de doctrina y de jurisprudencia; vicia el consentimiento no solamente la sustancia del objeto, sino la calidad esencial de éste, y si

[31] Terre, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Droit civil: les obligations*, 9e édition, Dalloz-Droit Privé, Paris, 2005, No. 207, p. 222.

esa calidad no es esencial, también lo vicia, cuando ella fue el principal motivo que tuvo una de las partes para contratar y ese motivo ha sido conocido de la otra parte. Así, el último inciso del artículo 1511 dice: "El error acerca de otra cualquiera cualidad de la cosa, no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

Por ejemplo, si el comprador de un cuadro lo adquiere en consideración (que manifestó al vendedor) de que el autor de la pintura fue determinado artista, y resulta después que realmente era de otro (o como sucedió en Francia, que solamente había sido retocado por él esa calidad, que fue la determinante del contrato: querer comprar una obra de dicho pintor), aunque no es sustancial, sí fue una calidad accidental determinante de su consentimiento.[32] Igual caso sería el de haber querido adquirir títulos de bolsa productores de interés, y resultar que los que le vendieron no producían tales intereses. Para ver mejor la distinción entre la *sustancia* de la cosa, la enfocada por los romanos, y la *calidad* de que tratamos, es un ejemplo diciente y conocido el del comprador que desea hacerse a un cuadro de antigüedades y resulta no serlo. Ahí no importa que la verdadera sustancia del objeto sea la madera de nogal o de cedro, porque ésta precisamente no le importa al comprador, el cual sólo se determinó a contratar teniendo en cuenta la calidad, para él sustancial, del origen o antigüedad del objeto.

Finalmente, consideremos el error sobre la persona, o *in persona,* previsto por el artículo 1512, que dice:

[32]Así, cuando se trata de saber si cualquier tipo de error, salvo el de derecho, es susceptible de viciar el consentimiento, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "El art. 1510 del C.C. se refiere a los errores obstáculos o errores dirimentes: error sobre la naturaleza misma de la operación y error sobre la existencia o identidad del objeto. El 1511 enfoca, con el criterio subjetivo predominante en la doctrina contemporánea, el error sobre las calidades sustanciales de la cosa. Y finalmente el 1512, con este mismo criterio subjetivo, de orden sicológico, contempla el error sobre la persona. De más está decir que el error sobre la existencia de la causa y el error sobre la eficacia de la causa, de que hablan los expositores franceses, están previstos en el artículo 1524, conforme al cual no puede haber obligación sin causa real y lícita", CSJ, Cas. civ. 28 de febrero de 1936, GJ, t. XLIII.

> El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. […] Pero en este caso la persona con quien honradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

Entre los romanos, este error se refería a la identidad misma de la persona; así, era necesario que se tomara a una persona por otra. La jurisprudencia francesa admite que el error puede ser la causa de nulidad, sin que haya error sobre su identidad, pero siempre que el error verse sobre una calidad importante de la persona, tal como en los contratos que se celebran, *intuito personae.*[33]

Entre nosotros, para que el error vicie el consentimiento y haga anulable el contrato se necesita también que la consideración de la persona con quien se quiso contratar haya sido la causa principal del contrato, y eso ocurre en los contratos a título gratuito. En los títulos onerosos, como la compraventa, el arrendamiento, la consideración de la persona vendedora o compradora no influye en nada; pero hay muchos contratos a título oneroso que se celebran *intuito personae,* como la sociedad colectiva, como el arrendamiento de servicios (especialmente con médicos, arquitectos y artistas). Siempre que hay error *in persona* se presume entre nosotros la culpa *in contrahendo,* de ahí que en todo caso obligue nuestro código a indemnizar a esa persona.

La doctrina francesa considera que el error *in negotio* y el error sobre la cosa objeto del contrato o *in corpore* son errores *obstáculos,* porque impiden que

[33] Dos ejemplos de la jurisprudencia francesa son ilustrativos en este punto: uno primero, en tratándose de una cláusula compromisoria que se declara nula cuando una de las partes ignoraba que el árbitro elegido era el consejero de su adversaria: Cass. civ. 2e, 13 avr. 1972, Bull. civ. II, No. 91; D. 1973.2, note J. Robert; JCP G, 1972. II.17189, note P. Level; sin embargo, otros opinan que al no ser el árbitro parte en la convención, sólo el contrato concluido entre éste y las partes debería ser anulado y no la cláusula compromisoria: Th. Clay, "L'arbitre" Nos. 649 a 651. El segundo ejemplo se refiere al error sobre la identidad profesional del deudor principal en una garantía: la fianza garantizaba la adquisición de una panadería en tanto que el prestatario fuera panadero, pero el deudor, luego de ser concluido el contrato, con efecto retroactivo, se le prohibió ejercer su actividad comercial, por lo cual la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa estimó que la fianza debía ser anulada por error en la persona: Cass. com. 13 nov. 2003, Bull. civ. IV, No. 172; D. 2004. AJ. 60, Obs. V. Avena-Robardet, RTD civ. 2004.86 obs. J. Mestre et B. Fages.

el consentimiento se forme.[34] Otros consideran que entonces hay un contrato *inexistente.* Respecto de los otros errores en que sí hay un consentimiento, aunque viciado, consideran anulables o rescindibles los actos o contratos, es decir, que carecen de nulidad relativa. Otros autores llaman a los primeros errores *dirimentes*, al usar la terminología relativa al matrimonio. Ante el derecho colombiano y el chileno, todas las nulidades por error son simplemente relativas.

Por lo demás, si toda equivocación, todo error en la opinión, en las previsiones y cálculos de las partes, bastara para viciar el consentimiento y, por consiguiente, a exponer el contrato a la nulidad, pocos de ellos quedarían en firme.

Fuera del caso del error sobre el contrato, sobre la cosa objeto de éste, sobre la persona cuando la consideración de ella fue la causa principal del contrato, y de otro error del cual hablaremos más adelante, del *error sobre la causa,* del cual trata el artículo 1524 del Código Civil, al estudiar lo relativo a esta otra condición de existencia de los contratos, todos los cuales los anulan, y de los errores sobre la sustancia y otras cualidades, y sobre simples errores de personas, que no siempre los hacen anulables, los demás errores no vician en manera alguna el consentimiento.

Tal es el caso del error sobre el *simple motivo,* el cual no forma parte de los elementos del contrato, como en el caso en que por un falso aviso que se tenga de la pérdida de una cosa, por ese motivo el avisado se decide a comprar otra que la sustituya. El error sobre el valor de la cosa da lugar a acciones distintas, por ejemplo, la de lesión enorme.

La nulidad de que carecen todos los contratos, por los *vicios del consentimiento*, es simplemente relativa: al no ser contra el orden público ni violación de una prohibición legal, nada impide que sean ratificables por la persona o personas que han sido víctimas de estos errores, y como relativas que son se validan por el transcurso del tiempo. Las siguientes viñetas son de gran uti-

[34] Así lo acepta la Corte Suprema de Justicia que en el fallo de 1936 antes citado (v. supra nota 6 de esta lección) considera: "El error *in negotio* implica una discordancia no solamente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva de cada una de las partes, sino también entre la voluntad de la una y la voluntad de la otra, que, por lo mismo, no se han encontrado y no han podido confluir para formar un acuerdo", CSJ, Cas. civ. de 28 de febrero de 1936, GJ, t. XLIII.

lidad para fijar las ideas expuestas: error *in negotio*: artículo 1510, inciso 1º del Código Civil; error *corpore*: artículo 1510, inciso 2º, del Código Civil; error en la sustancia: artículo 1511, inciso 1º, del Código Civil; error sobre el móvil determinante o principal motivo: artículo 1511, inciso 2º, del Código Civil; error sobre la causa: artículo 1525 del Código Civil; error sobre la persona: artículo 1512 del Código Civil.

Lección VII. Del dolo como vicio del consentimiento

El dolo es, como el error, otro de los vicios del consentimiento. En realidad, es un error, pero provocado por la mentira, la reticencia, el engaño, las trampas, las maquinaciones fraudulentas, los artificios desleales, así como las astucias empleadas para sorprender, seducir o conquistar la voluntad de la parte con quien se contrata. Pero no toda maquinación, astucia, disimulo, etc. constituye dolo. No está prohibido, cuando se contrata, el ser hábil o persuasivo. La habilidad sería dolosa si usara medios desleales para engañar a la otra parte e inducirla, seducida por engaño, a contratar. Por el contrario, sería simple habilidad de ponderación la que hace el comerciante cuando el vendedor de una mercancía afirma ante el comprador que no la encontrará mejor en otra parte, o le hace creer que es extranjera, aunque no lo sea.

Un ejemplo clásico de dolo es el citado por Cicerón en su obra *De officiis*, a saber: Casio tenía la pasión de la pesca; un siracusano avisado lo invita a su residencia de campo después de haber convenido con los pescadores para que éstos poblaran el horizonte que se veía desde las terrazas de la casa de campo del siracusano con barcas cargadas de pescados. Deslumbrado por este espectáculo, Casio quiere a toda costa adquirir el fondo; el siracusano se resiste a venderlo, pero ante la insistencia de Casio, termina por ceder y por concluir la venta. A la mañana siguiente, nada de barcas, nada de pescadores. Todo había sido una comedia. He ahí un caso de dolo en que se destacan bien las maquinaciones practicadas o llevadas a cabo para engañar o inducir al contratante. Engañado, Casio formuló una demanda contra el siracusano por *dolo malo*.

El dolo debe ser obra de la otra parte, *dolus adversarii*, y debe aparecer además claramente que sin éste no se hubiera contratado; de manera que, en realidad, el dolo debe haber sido motivo determinante para contratar. Si necesito comprar una mercancía y entre dos muestras que me presenta el vendedor y me resuelvo a comprar aquella que revela por su exterior la calidad que yo deseo, calidad que tiene pero no de la especie que me dice el vendedor, pues éste se la atribuye falsamente para inducirme a contratar, este contrato

no sería nulo.[35] Yo lo hubiera adquirido por sus apariencias sin necesidad de que el vendedor le atribuyera esa falsa calidad. Empero, si necesito la cosa y me determino a comprarla seducido por esa calidad que falsamente le atribuye el vendedor, ahí sí hay dolo, porque se ve que la seducción de la falsa calidad me obligó a contratar.[36]

En últimas, el dolo, como ya dijimos, es una especie de error. Siempre hay consentimiento, pero viciado por un engaño determinante de la voluntad. Por eso el artículo 1515 del Código Civil está redactado en forma negativa: "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".

Recordemos que según el artículo 63 del Código Civil el dolo se define así: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Este artículo define también la culpa grave y dice que en materia civil equivale al dolo. Claro que no consiste en lo mismo; no siempre que hay culpa grave hay dolo, ni es igual el modo de probarlo tampoco, sino en sus efectos jurídicos.[37]

---

[35] En esta etapa de formación del contrato ¿el quebrantamiento de la buena fe podría constituir un dolo vicio del consentimiento? La Corte Suprema de Justicia ha contestado afirmativamente a esta cuestión, según ella: "El quebrantamiento de la buena fe en la celebración del contrato constituye el dolo, que específicamente considerado consiste en el empleo por uno de los contratantes de maniobras, maquinaciones, artificios o astucias engañosas tendientes a inducir al otro a emitir una declaración de voluntad que sin aquellos no habría emitido (dolo principal), o la habría emitido pero distinta en algún sentido (dolo incidental). Cuando media dolo, entonces, la volición ha sido perturbada por una motivación errónea que la otra parte ha provocado; y si dicha motivación ha sido determinante de la volición, esta no ha sido consciente, y por lo mismo es ineficaz": CSJ, Cas. civ. de 16 de diciembre de 1969, GJ CXXXII, p. 273.

[36] ¿Pueden la mera abstención o el silencio constituir un dolo? De acuerdo con el anterior fallo de la Corte Suprema de Justicia, sí. En efecto, dice la Corte: "En cuanto a la naturaleza de los hechos constitutivos del dolo existe conformidad en la doctrina acerca de que el medio engañoso empleado no ha de consistir necesariamente en actos positivos externos. En ese punto es suficiente un comportamiento del agente dirigido a crear o a mantener un estado de error al sujeto pasivo, pudiendo tal comportamiento consistir en una simple abstención. Cuando así sucede, se da la categoría especial de dolo conocida con el nombre de dolo negativo u omisivo, una de cuyas formas es la reticencia, cuya consideración ofrece particular interés en el caso de autos": CSJ, Cas. civ. de 16 de diciembre de 1969, GJ, CXXXII, p. 273.

[37] ¿El dolo constituye en sí mismo un vicio del consentimiento? No. "El legislador no ignora la verdadera naturaleza del fenómeno en cuestión y así el artículo 1515 del Código Civil no se limita a exigir la presencia del dolo cometido por uno de los contratantes sino que también mira a la

Cuando el dolo no vicia el consentimiento, es decir, cuando no es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él siempre se hubiera contratado, el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios hasta la concurrencia de las personas o persona que lo han fraguado o que se han aprovechado de él contra los primeros, por el total valor de los perjuicios, y contra los segundos hasta la concurrencia del provecho que han reportado del dolo. En casos especiales, el Código desarrolla esta doctrina establecida en el artículo 1515, y de ello son ejemplo los artículos 418, 983 y el inciso 2° del artículo 2343.[38]

Ya vimos que el dolo debe ser obra del contratante y no de terceros, a diferencia del vicio de consentimiento, que se debe a la fuerza que puede ser empleada por el contratante, así como por terceros. El dolo debido a terceros no da lugar a nulidad del acto jurídico, sino a acción de perjuicios.[39]

La presunción de buena fe que rige las relaciones sociales y de que presume la ley hace que el dolo, que por su naturaleza excluye la buena fe, sólo se suponga en los casos especiales previstos por la ley. En los demás no previstos, debe probarse. La ley presume especialmente el dolo cuando es el caso del inciso 3° del artículo 963, en el inciso 3° del artículo 1025, en el artículo 1358 y en el artículo 2284 del Código. La doctrina de nuestro Código Civil sobre el dolo coincide con la doctrina francesa, consagrada en el artículo 1116 del Código de Napoleón. La prueba del dolo debe darla la parte que lo sufrió y para probarlo

---

influencia o repercusión que aquel tenga sobre el ánimo del otro contratante, bien sea para declarar la nulidad relativa del acto o bien para sólo imponer la sanción indemnizatoria que normalmente aparejan las conductas dolosas. Así en este punto nuestra legislación civil (art. 1515) consagra la distinción clásica entre el dolo principal o determinante que es el que induce a la celebración misma del acto o contrato y el dolo incidental que no tiene virtualidad compulsiva, sino que solo influye en las condiciones de un negocio que la víctima ya estaba dispuesta a concluir": CSJ, Cas. civ. de 15 diciembre 1970, GJ, t. CXXXIV, p. 367.

[38] CSJ, Cas. civ. de 16 de diciembre de 1969, GJ, CXXXII, p. 273.

[39] Ante el problema de determinar si la conducta del contratante víctima del dolo debe ser tomada en cuenta con el fin de determinar si dicho dolo vicia su consentimiento, la Corte Suprema de Justicia contestó de manera afirmativa: si el contratante dejó "de tener el cuidado que personas aun negligentes o de poca prudencia (valgan las precisas palabras del artículo 63 citado) emplean en sus negocios […] no se puede decir que sin lo que llaman dolo no habrían contratado, sino que habrían contratado sin ésa su prescindencia imprudente. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans…",* CSJ, Cas. civ. 23 de noviembre de 1936, GJ, No. XLIV, p. 481.

se admiten los medios probatorios (testigos, indicios, presunciones, etc.). Generalmente, el juez deduce el dolo por inferencias, indicios y presunciones.

Lección VIII. De la fuerza como vicio del consentimiento

La fuerza es la tercera manera como se vicia el consentimiento. Ya hemos visto cómo y cuándo se vicia el consentimiento por error; al igual que cómo y cuándo por dolo. Ahora vamos a ver cómo y cuándo la fuerza vicia el consentimiento. Se ocupa de ella el Código Civil en los artículos 1513 y 1514. También está redactado el artículo 1513 en forma negativa:

> La fuerza no vicia consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condiciones. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta directamente, su consorte, o alguno de sus ascendentes o descendentes a un mal irreparable y grave.

A diferencia del dolo, que para que anule el contrato debe ser obra de la parte contratante o autora del acto jurídico, la fuerza vicia el consentimiento aunque provenga de terceras personas. Es decir, no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella, basta que la haya empleado cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento. Esto, porque siendo más grave e irresistible la fuerza que el engaño, el que la sufre requiere una protección más enérgica, ante el temor o la imposibilidad de obtener libremente lo que desea. Excluye el consentimiento si ese temor o imposibilidad de obrar con libertad proviene directamente de la otra parte o de un tercero.

Entre los romanos, la fuerza o violencia se expresaba con la palabra *vis*; la lesión o temor que inspira se expresaba, a la vez, con la palabra *metus.* Claro está que en realidad la fuerza no excluye el consentimiento, porque el atemorizado escoge entre los males el menor, pero también es claro que el que escogió no era querido por él: "*…no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio teniendo*

en cuenta su edad, sexo y condición".[40] La medida es manifestante, relativa y previsora, porque el mismo temor que obliga la voluntad de una persona tímida no es suficiente para un carácter energético.

Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, a su consorte o a algunos de sus ascendentes o descendientes a un mal irreparable y grave.[41] El Código Civil francés exige expresamente, pero el nuestro no trae esta limitación, es decir, entre nosotros el que se teme puede ser presente o futuro, y lo grave e irreparable de éste, no sólo para la persona directamente presionada sino también su marido o mujer, o alguno de sus descendientes o ascendientes, así sean legítimos o ilegítimos, queda sujeto a la calificación del juez, como una cuestión de hecho.

---

[40] Artículo 1513 del Código Civil.

[41] Tres cuestiones se ha planteado en este punto la Corte Suprema de Justicia. La primera es si puede la fuerza comprender también un designio económico, a lo cual respondió afirmativamente, al decir: "la fuerza o violencia puede tener un designio económico, como acontece cuando se constriñe al deudor a pagar intereses usurarios, o a dar una cosa de valor mucho mayor que el crédito, o a lograr la celebración de otro contrato más desventajoso para la víctima, etc." Y, algo más, excepcionalmente el ejercicio abusivo del derecho puede llegar a constituir violencia que afecte el consentimiento, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte al afirmar: "el 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", CSJ, Cas. Civ. de 5 de octubre de 1939, GJ, XLVIII, pp. 720-723.

Posteriormente, ante la pregunta de si puede la fuerza consistir igualmente en el empleo de una vía legal ejercida sin otro motivo que el deseo en obtener una ventaja ilegal, la misma Corte respondió afirmativamente y explicó: "En igual sentido se ha pronunciado la doctrina francesa al sostener que 'el empleo de una vía legal, regular en apariencia, puede constituir una maniobra injusta, ejercida sin otro motivo que el deseo de obtener una ventaja ilegal; la nulidad entonces debe ser pronunciada'. (Tratado de Derecho Civil, Ripert y Boulanger, T. IV, pág. 141).", CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 3 de mayo de 1984, GJ, CLXXVI, pp. 184 y ss.

Por último, frente al problema de determinar si puede viciar el consentimiento el miedo o el estado de necesidad en el que una persona se encontraba por virtud de fuerzas extrañas o de la naturaleza, en esta misma última sentencia la Corte introdujo del derecho francés "el criterio consistente en que la fuerza o violencia tiene la entidad de viciar el consentimiento no sólo cuando el contrato vio eliminada o menguada su libertad por la violencia de otros seres humanos, sino también cuando se aprovecha a la víctima del estado de necesidad en que ha sido colocada por fuerzas extrañas o de la naturaleza.", CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 3 de mayo de 1984, GJ, CLXXVI, pp. 184 y ss.

Suelen la doctrina y la jurisprudencia asimilar a estas personas al amigo con quien se tiene o tenga un vínculo de afecto, muchas veces superior al que nos ligue con la familia. La razón de ello es, como lo establece el Código, la de proteger la libertad de la voluntad. No sería absurda una conclusión semejante.[42]

El simple temor reverencial, esto es, el que el Código Civil define en el segundo inciso del artículo 1513 cuando dice: "Como el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento", no se constituye en fuerza. De este modo, si el padre de familia, haciendo presente circunstancias especiales de ella, decide que uno de sus hijos enajene o grave con una hipoteca uno de sus bienes, y contra el parecer del hijo éste así lo hace por no desagradar a su padre, ese acto de disposición o gravamen es perfectamente válido.

Hablan especialmente de la fuerza los artículos 140, numeral 5° (matrimonio); 1063 (testamento); 1291 (aceptación de una asignación testamentaria) y 2476 (transacción). En el derecho francés se ocupan los artículos 1111 a 1114, según los cuales se puede decir que la violencia es una causa de anulación cuando, de hecho, ella ha tenido una intensidad suficiente para haber alterado la libertad de consentimiento, cuestión que deja a la apreciación soberana de los jueces.

En Francia, los tribunales se vieron en la necesidad de modificar la concepción clásica de la fuerza:

---

[42] En efecto, la fuerza no debe ser considerada en abstracto. Así lo considera un fallo de la Corte Suprema de Justicia que, de acuerdo con el artículo 1513 del Código Civil, señala: "De acuerdo con esta disposición hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación de la persona sobre la cual se ejerce. En orden al acto mismo de la fuerza, si bien los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, esta debe ser de tal naturaleza que inspire la persona amenazada un vivo temor de verse expuesta ella, su consorte, sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave, capaz de quitarle su libertad de decisión en el acto del contrato: Ripert, *Tratado de derecho civil francés*, t. VI; de las obligaciones, p. 255, Baudry-Lacantinerie." Y agregó: "No toda amenaza o intimidación es suficiente para decretar la nulidad de un contrato. Por lo que hace a la persona víctima de la fuerza, se exige que sea una persona de sano juicio atendido su edad, sexo y condición, pues es claro que el temor no impresiona lo mismo a un varón fuerte y sano que a un enfermo o a una mujer, sin que ello quiera decir que el primero no pueda ser susceptible de sufrir una presión moral o material que vicie su consentimiento siempre que así se compruebe", CSJ, Sen. 9 de febrero de1932, GJ, t. XXXIX, p. 463.

> … extendiendo su radio de acción a los casos de aprovechamiento de la intimidación de uno de los agentes, aunque ella no proviniese de la actuación violenta de la contraparte beneficiada con la celebración del contrato, o de un tercero, sino también de hechos de la naturaleza indebidamente utilizados para el logro de una contraprestación manifiestamente desproporcionada. El ejemplo clásico de esta nueva doctrina jurisprudencial es el contrato de salvamento marítimo, cuando el capitán de la nave en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocerle un recompensa excesiva en relación con el servicio prestado, mas no cuando dicho contrato se ha celebrado en condiciones equitativas.[43]

Así:

> … esta variante de la fuerza o violencia, considerada como vicio del consentimiento y denominada "del estado de necesidad" o también "de la fuerza de la naturaleza", se caracteriza: porque deja de atender, aun menos que dentro de la concepción clásica, al origen de la fuerza, o sea a si ésta proviene del acto de una de las partes, o de un tercero, o de hechos meramente naturales en que no interviene la voluntad humana, sino que mira directamente al verdadero vicio del consentimiento, cual es la intimidación de la víctima y porque introduce una nueva aplicación en lo que toca con el requisito tradicionalmente exigido de que la fuerza sea injusta, en el sentido de considerar como tal, no ya sólo las actuaciones humanas violentas y, por ende, condenables dentro del ordenamiento jurídico, sino también el aprovechamiento del temor o estado de necesidad de la víctima, cualquiera que sea su causa, para el logro de ventajas económicas excesivas, aunque estas no alcancen el límite a partir del cual se configura la lesión enorme.[44]

[43] CSJ, Cas. civ. 13 de agosto de 1969, GJ, t. CXXXI, p. 127.

[44] *Ibid.*, retomó solución de Cas. civ. 28 de julio de 1958, LXXXVIII, 561 a 63 y cas. 17 de octubre de 1962 y en sentencia de 3 de mayo de 1984, publicada en el Código Civil de hojas intercambiables de Legis, § 6597.

Este criterio de extensión de las hipótesis a las cuales se aplica el vicio de la fuerza fue consagrado por el legislador en la Ley 201 de 1959, que desarrolló la fuerza como vicio del consentimiento con el fin de impedir el aprovechamiento económico generado para algunos como consecuencia de la violencia durante el estado de sitio. Dicha ley dispuso en particular:

> Art. 1º -En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado.
>
> Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil, en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada.
>
> Art. 2º -En caso de declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, y para los efectos de la rescisión de actos o contratos viciados por la fuerza, se entiende que la violencia cesa el día en que se declare restablecido el orden público. No obstante lo anterior, la acción puede iniciarse antes de ese evento, si así lo prefiere el demandante.
>
> Queda en esta forma aclarado el artículo 1759 del Código Civil.

Dicho está que, a partir de la expedición del precitado estatuto, la jurisprudencia ha venido declarando su recto entendimiento con base en los antecedentes históricos y en la preceptiva dogmática del mismo. En lo que respecta a los elementos axiológicos de la acción rescisoria que conlleva la aplicación del texto antes transcrito, tiénese que ellos son los siguientes: a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior. Desde luego, esta restricción no se justifica en doctrina, porque si la finalidad buscada por la ley fue la de proteger la autonomía de la voluntad privada contra la violencia generalizada y el aprovechamiento indebido de la misma, el criterio determinante

> de la operancia de aquélla es el sentido de necesidad o intimidación de la víctima, el que podía darse con prescindencia de la referida medida oficial, cuya adopción o cuya derogatoria puede coincidir o no con la real perturbación del orden público, como también depender de meras consideraciones de conveniencia política; b) el acto o contrato debe haberse celebrado bajo el imperio de la violencia generalizada, o sea que no es bastante la sola declaratoria del estado de sitio, porque se repite que la sanción establecida por la ley, consistente en la anulación de dicho acto o contrato, obedece a la injusticia que este conlleva y que, en la doctrina del estado de necesidad radica en el aprovechamiento indebido de la situación calamitosa en que se encuentre colocada la víctima, y no en la medida política adoptada por el Gobierno precisamente para remediar situaciones de dicha índole; y c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permitan *presumir* a la vez, que ésta no las habría aceptado en circunstancias normales y que por otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquélla. De esta suerte, se configuran los requisitos generales para que la fuerza sea considerada como vicio del consentimiento; el de que ella alcance una intensidad tal que determine a la víctima a celebrar el contrato, y el de la injusticia, que aquí se hace consistir en el aprovechamiento de la violencia generalizada para obtener las ventajas correlativas al considerable detrimento experimentado por la víctima en razón de dicho contrato. Como se ve el presupuesto legal de que se trata, reproduce en su integridad el criterio adoptado por la doctrina denominada "del estado de necesidad" desde su prístina aparición jurisprudencial en Francia. Recuérdese, en efecto, que en el ejemplo clásico ya citado del salvamento de un navío en peligro, los tribunales franceses hicieron depender la validez o la anulación del contrato de que la recompensa por tal servicio fuera equitativa o excesiva, respectivamente.[45]

La aceptación del estado de necesidad o de una situación generalizada de violencia ha posibilitado entender que, además de un tercero, la fuerza pueda

[45] *Ibid*.

ser provocada por las circunstancias. Según esto, ¿podría ser considerada también fuerza el abuso de una relación de dependencia económica? Una primera respuesta fue dada por las reglas sobre competencia, contenidas en el Decreto 2153 de 1992, las cuales prevén que constituye abuso de posición dominante las conductas que "tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio".

Este punto fue minuciosamente desarrollado por el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, en relación con los servicios públicos domiciliarios. Algunas disposiciones de esta norma señalan que una persona puede verse forzada a contratar con la empresa prestadora de estos servicios o con un tercero, bajo unas condiciones que, de no ser por la influencia de la posición dominante ejercida por dicha empresa, no habría aceptado. En efecto, dispone el artículo 133 que se presume el abuso de posición dominante de la empresa prestadora de servicios públicos cuando en el contrato se establecen cláusulas que: "… limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores…" (133.5.); "presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario"[46] (133.14.); "obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido" (133.19), y "suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año" (133.20.).

La sanción prevista en estas hipótesis se restringe a la nulidad de la cláusula respectiva; sin embargo, los criterios encontrados en la sanción al estado de necesidad vuelven a aparecer en el temor producido sobre uno de los contratantes por las circunstancias económicas en las que debe dar su consentimiento para contratar. La *fuerza económica* puede ser considerada así también como una de las hipótesis de hecho previstas por el artículo 1514 del Código Civil, con

[46] Sin embargo, la ley permite la existencia de estas cláúsulas cuando "a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido."

el fin de anular el contrato. No obstante, es necesario restringir la aplicación de estos criterios al abuso que se haga de la posición de dependencia económica, ya que una buena parte de la circulación de la riqueza en la sociedad actual se basa en esquemas contractuales en los cuales se desarrollan tales tipos de dependencia. La Corte de casación francesa dio una definición muy precisa de la *violencia económica*:

> Sólo la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, desarrollada para obtener un beneficio de un temor que amenace directamente los intereses legítimos de la persona, puede viciar de violencia (fuerza) su consentimiento.[47]

Finalmente, en el sistema de nuestro Código, el error, el dolo y la fuerza apenas dan lugar a nulidades relativas.

[47] Cass. civ. 1re avr. 2002, Bull No. 108; Com. Com. Élec., 2002, No. 80, obs. Caron; *ibid.*, No. 89, obs. Stoffel-Munk; Cont. Conc. Cons.; Cont. Cons., 2002, No. 121, obs. Leveneur; D. 2002, 1860, n. Gridel; *ibid.*, 1892, n. Chazal, Defrenois 2002, art. 37607, p. 1246, No. 65. n. Saveaux; Gaz. Pal. 2003, 1, 444, n. Rovinski; JCP 2003, I, 184, No. 6 s., obs. Virassamy; JCP éd. E 2003, 278, No. 2, obs. Chérigny.

Lección IX. Del objeto de las obligaciones y de los contratos

Ya hemos visto que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legítimamente capaz y que al consentir dicho acto o declaración, este consentimiento no adolezca de vicio (error, fuerza y dolo). Además, es preciso que el acto o declaración de la voluntad recaiga sobre un objeto, desde luego, lícito, según el artículo 1502.

Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de *dar hacer o no hacer*. Claro está que el mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración. Como la convención o el contrato es una de las fuentes y, principalísima, creadora de obligaciones, se suele confundir el objeto de la obligación con el objeto de la convención o contrato. Sin embargo, no es lo mismo, porque tenemos que los contratos pueden encaminarse a la creación o la transferencia de un derecho real, o crear o modificar o extinguir una obligación, o producir un efecto de derecho cualquiera. En otras palabras, un contrato tiene por objeto no sólo crear una obligación, sino también crear un estado (tal como el matrimonio o la adopción) o crear o transferir un derecho real, o un derecho sobre bienes incorporales, es decir, una donación, una prestación o una abstención.

Al tratar de cada uno de los contratos veremos cómo el objeto de ellos varía hasta lo infinito, pues como su objeto es la operación misma que las partes se proponen realizar, ese es el interés que las partes persiguen alcanzar mediante la convención. Con sólo decir que el contrato es fuente creadora de obligaciones se advierte que es más amplio el objeto del contrato que el de la obligación. Salvo que el contrato sea unilateral, es decir, que sólo produzca obligaciones a cargo de una persona, de una de las partes —*v. gr.,* el de préstamos a interés—, la obligación no tiene sino un único objeto —el dinero prestado—, y entonces el objeto de la obligación se confunde con el objeto del contrato. Pero si el contrato es bilateral, un objeto persigue una parte y el otro objeto la otra: en la compraventa, el comprador enfoca como objeto de su interés la cosa

y el vendedor busca el precio; entonces cada obligación tiene su objeto, pero el contrato tiene dos objetos. Lo mismo es en todos los contratos bilaterales.

En cambio, no se puede decir lo mismo en el contrato, por ejemplo, de sociedad, porque la obligación de los asociados fuera de otros accesorios es entregar o pagar su aporte social, mientras que el objeto del contrato mismo es la explotación o el negocio que las partes asociadas y la sociedad organizada pretenden desarrollar por medio de esa otra persona distinta que es la sociedad.[48]

Ahora, los contratos reales, traslaticios de una propiedad o que crean o trasladan un derecho real distinto del de propiedad, tienen por objeto principal aquel bien o derecho que se transfiere o que se crea, y por bienes es preciso entender las cosas de las cuales se tiene la propiedad o los derechos que se pueden ejercer sobre aquellas de que se es propietario. ¿Cuál es el objeto de una venta? La cosa vendida y también el precio. ¿Cuál es el objeto de una permuta? Las cosas que se cambian. ¿Cuál es el objeto accesorio del contrato, en la hipoteca? El derecho mismo de hipoteca. ¿Cuál es el objeto del comodato? El uso de la cosa dada en comodato, porque el mero uso de la cosa o su tenencia pueden ser objeto de declaración de la voluntad.

Por eso decíamos que las cosas en sí mismas carecen de importancia jurídica: la tienen los derechos de que las cosas pueden ser objeto; por lo tanto, si bien el objeto de los contratos son los bienes muebles o inmuebles, más exactamente lo son los derechos de que los bienes son susceptibles.

No obstante, hay objetos de las convenciones que no se pueden enfocar tan fácilmente. Así, en la novación (sustitución de una obligación por otra), propiamente, no existe transferencia ni creación de obligación; se encuentra, en cambio, una operación especial que constituye el objeto del contrato. En la partición no hay transferencia de derecho o de obligación, porque la participación es declarativa, no creadora de obligaciones; concurre una atribución de

[48] Las reglas sobre el contrato de sociedad, contenidas desde el artículo 2079 al 2141 del Código Civil, fueron derogadas por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, bajo el supuesto de evitar así una dualidad de regímenes, aquél y el del Código de Comercio.

partes entre los copartícipes: una reglamentación de intereses y obligaciones, y ese es su objeto.

De las calidades o caracteres que debe tener el objeto

Conviene recordar toda la extensión que a la palabra *cosa* se le da en derecho y de cuya acepción amplísima es tratada en el curso de bienes. Pues bien, para que sea válida la cosa objeto de la obligación debe reunir tres condiciones: existir, ser cierta (determinada o determinable) y estar en el comercio. De estas tres condiciones se deduce qué debe reunir el objeto de la obligación, según el texto del artículo 1518.

No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal de que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. 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.

Primera condición: que existan o se espere que existan. Claro está que si el objeto no existe, no nace la obligación. Así será si en el momento en que las partes cambian de consentimiento, el objeto o cuerpo cierto que entienden hacerlo materia de la obligación ha perecido, sin que los contratantes sepan, o también si en ese instante ya se ha hecho inutilizable. No basta que las partes crean que el objeto existe, sino que es necesario que realmente exista. Aplicación de esta regla general de las obligaciones es el artículo 1870 de la compraventa; ahora, para la aplicación posterior del objeto de la obligación, las reglas son distintas, pues ya la obligación nació o había nacido, y si se destruye o pierde después, entonces se aplican los artículos 1729 y ss.

A la regla de la coexistencia del objeto de la obligación —coexistencia necesaria para que ésta nazca— no se opone, por excepción, el que se espere que la cosa haya de existir después del contrato: basta pensar que un industrial suele vender objetos que apenas está fabricando, que un agricultor vende la próxima cosecha, que un deudor o posible deudor hipoteca (en previsión de

un saldo futuro a su cargo) un inmueble que actualmente le pertenece, y esto tiene gran utilidad comercial con motivo del contrato denominado de *cuenta corriente*.

Entra ya en el campo de la ilicitud del objeto la prohibición de los pactos sobre sucesiones futuras, salvo los anticipos sobre legítimas. Conviene reproducir el siguiente párrafo de Robustiniano Vera, comentador chileno:

> Las cosas futuras pueden ser de dos clases: unas que existen ya en las causas naturales que las han de producir, a no sobrevivir un caso fortuito, como los frutos de un campo, los partos de los animales, y otras que propiamente existen en sólo esperanza incierta y eventual como lo que se obtenga en la caza o en la pesca en un lance lado. Respecto de las primeras, el contrato se puede reputar condicional, si no consta haber sido otra la intención de las partes, y por consiguiente, no verificada la condición de existir en realidad la cosa futura que se tuvo en cuenta, la convención viene por tierra. No sucede lo mismo respecto de las segundas, [porque entonces el elemento del contrato es evento cierto y será aleatorio. (Véanse los artículos 1498 y 1869)].[49]

Segunda condición: el objeto debe ser posible. Se ha entendido que la imposibilidad, para que anule el contrato, debe ser absoluta —es decir, para todo el mundo de dar o de hacer lo que se ha prometido— y no relativa —es decir, cuando una persona se ha obligado a dar o a hacer una cosa que para ella no es posible dados sus conocimientos o su falta de medios pecuniarios; pero que sí le era posible obtenerla de los demás, como es el caso de que no siendo mecánico me comprometo a construir una determinada máquina, claro está, puedo hacer que me la construyan y cumplir así mi obligación—.

Dentro de este mismo orden de ideas, dice el artículo 1518 que las cosas deben estar determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. Comprar o vender sin decir lo que se compra o lo que se vende no tiene sentido; no

[49] Citado por Vélez, Fernando, *Estudio sobre derecho civil colombiano*, Imprenta del Departamento, Medellín, 1898, núm. 69, título VI.

parece serio. No es natural que el vendedor deje la determinación de la cosa vendida al comprador, ni que el comprador deje al cuidado del vendedor la determinación del precio. Eso de ponerse una parte a la discreción de la otra no puede tener valor.

Pero es natural y de uso que si las partes no determinan el objeto de su obligación, convengan en lo que determinará un tercero que ellas designan, o bien en los contratos referentes al uso que venga a ser el juez el que interprete la voluntad de las partes, como sucede a diario con los servicios médicos en que se suele no convenir el precio de los servicios de antemano, sino que se regulan después de prestados, mediante demandas y rebajas en que se convienen los interesados, y si no se ponen de acuerdo los regula el juez por medio de peritos, teniendo en cuenta el uso de la plaza. Sucede también con el contrato que en derecho comercial se llama *de suministro*, en virtud del cual hay agencias de víveres que proveen a los hogares el mercado diario y los interesados subentienden que los artículos se entregan y se reciben al precio corriente de plaza.

Importa anotar que los expositores franceses dicen que para su validez los contratos reales necesitan que la cosa objeto de ellos exista en el presente; consideran nulo el contrato de transferencia de propiedad cuando la cosa no existe en el momento de contratar. En general, para todo contrato real, la observación está de acuerdo con nuestro derecho, pero hay que tener en cuenta que entre nosotros sí vale la venta de cosa ajena, de manera que bien puede ser objeto de una estipulación de venta la transferencia de la propiedad de otro, porque entonces si no me puedo hacer a ella, mi obligación se satisface indemnizando los perjuicios. Ya vimos que vale el pacto de hipoteca futura.

Las cosas materia de una declaración de voluntad que existen o que se espera que existan, y que deben estar determinadas, a los menos en cuanto a su género, dice el artículo 1518 que es menester que las unas y que las otras, es decir, las que existen o las que se espera que existan, sean *comerciales.* Ya en el derecho romano se habla de *res quorum non est comercium,* o cosas fuera de comercio. Propiamente hablando, están fuera de comercio económico aquellas que por su naturaleza no forman capital (como la luz), a las cuales es preciso agregar aquellos bienes del Estado no susceptibles de negociarse por

particulares, afectos a las especulaciones de éste, sólo en cuanto al uso, o bien los llamados *res nullius.*

No obstante, en el lenguaje jurídico, la noción de cosas se extiende fuera de comercio a aquellas cuya enajenación o libre comercio está prohibido o restringido por las leyes con un fin de interés general: lo que prohíbe el orden público, la moral (noción muy relativa) y las buenas costumbres, y ya más en concreto, el Estado y la capacidad de las personas, las libertades individuales, las sucesiones futuras, las sustancias venenosas o tóxicas, etc. También es necesario incluir aquellos objetos cuya enajenación constituye jurídicamente un objeto ilícito, según el artículo 1521 del Código Civil.

De manera que esa expresión de la ley *cosas fuera de comercio* abarca todo el campo de lo que se llama los objetos ilícitos.[50] El objeto de la declaración de voluntad no comprende solamente lo que está fuera del comercio, económicamente hablando, sino también el sentido jurídico. Y como sucede que la noción de objeto, que acabamos de explicar en este capítulo, y la noción de causa, que vamos a explicar en el siguiente, deben ser relacionadas con la noción de lo ilícito, al terminar la explicación de causa, haremos otra en conjunto sobre el objeto y la causa de ilícitos.

[50] Están fuera del comercio los objetos que integran el patrimonio cultural intangible de la Nación (artículo 6º de la Ley 1185 de 2008) y los bienes que conforman su patrimonio arqueológico (artículo 6º de la Ley 397 de 1997).

Lección X. Causa, artículo 1524 del Código Civil

En materia de *causa*, menos que en otras, se puede prescindir de la tradición histórica, que se remonta a la época romana. Se revive luego en la Edad Media, se amplía después en el siglo XIX y se revalúa, finalmente, a cuando el derecho se humaniza y busca la realización de la armonía social. La noción jurídica de *causa* ha dejado de ser abstracta e imperante; hoy actúa como un instrumento o medio jurídico para impedir el enriquecimiento a costa ajena, sin causa que lo justifique, y para mantener e imponer la equivalencia en las transacciones, es decir, la justicia conmutativa. Más aún, como un mecanismo para sancionar la validez de cláusulas que afecten la proporcionalidad de las prestaciones derivadas del contrato para las partes, esto es, justicia distributiva.[51]

Los romanos, en efecto, acudían a medios indirectos para evitar el enriquecimiento injusto. Eran la acción llamada la *condictio* y la excepción de *dolo*. Ya en tiempo del imperio dieron al prestamista comprometido a devolver un dinero que no había recibido la querella *non numeratae pecuniae*.

Para los romanos, la causa de la obligación era su fuente misma. Si la obligación nacía de contrato, *ex variis causarum figuris* (hoy cuasicontrato), la causa de la obligación era el *negotium juris*, que ligaba a las partes *cuasi ex contractu*. Si la obligación civil provenía del daño causado por un delito o un cuasidelito, ese hecho ilícito era la causa de la obligación de reparación, y como

[51] Véase sentencias de la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa fechadas del 14 de octubre de 1997 y 8 de febrero de 2005, en las que se anula un contrato de aprovisionamiento exclusivo en razón de la ausencia de causa resultante de un pacto de exclusividad suscrito por el distribuidor que otorgaba una ventaja económica *irrisoria* al productor. Al respecto, señala el profesor Denis Mazeaud que en este caso "*la ausencia de causa, contrario a lo que sucedía en la teoría clásica, procede no de una falta de contraprestación, sino de la simple desproporción económica de las prestaciones recíprocas*", Mazeaud, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*", Colloque de Droit des Affaires et de Gestion de la Faculté de Droit de Paris V, 28 mars 1998, Les Petits Affiches, 30 septembre 1998, p. 12; "La cause", en *1804-2004. Le Code Civil, un passé, un présent, un avenir,* Dalloz, París, 2004, pp. 451 y ss.; "La notion de cause d'origine française", en Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco (coord.), *Los contratos en el derecho privado*, Universidad del Rosario-Legis, Bogotá, 2007, pp. 124 y ss.

la legislación romana era formalista —es decir, inseparable el hecho formal de sus efectos jurídicos—, era necesario, y eso bastaba, que en la forma el acto jurídico fuera perfecto para que de éste naciera la obligación. De ahí que después los romanos idearan recursos indirectos para impedir que fatalmente fuera condenado a restituir, por ejemplo, quien nada había recibido en realidad.[52]

Luego se comprendió que la majestad de la forma no era suficiente para imponer el respeto a un contrato justo. Los canonistas desligaron la obligación de la forma mediante el triunfo del principio *solus consensus obligat*, pero también y, al tiempo, establecieron que si el pacto producía obligaciones desnudo de toda formalidad, no las producía cuando carecía de toda causa y dijeron: *pactum nudum a solemnitatem sed non nudum a causa*. Esa causa era psicológica, era la intención que había movido al contratante, según la naturaleza y el fin del respectivo contrato, y aunque el consentimiento era independiente de una formalidad determinada (obligada), se exigió al tiempo otro elemento de validez: que el consentimiento tuviera una razón apreciable y lícita; esa razón era la causa.

Como nuestro Código Civil fue redactado en Chile, teniendo por norma el francés, es adecuado como antecedente explicativo la propia historia de éste. Por circunstancias que aún no han preocupado a nuestros juristas, el Código de Bello tomó al respecto de la causa, en su artículo 1524, una determinación trascendental, al definirla sabiamente, pues el Código de Napoleón de 1804, como es sabido, no la da sino que la cita expresamente como elemento de validez del contrato en su artículo 1108 y luego la aplica en sus artículos 1131 y 1133 para decir, en el 1131, que "la obligación sin causa, o con una falsa causa, o con una causa ilícita, no puede producir efecto alguno", y en el 1133 que "la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público". Tras larga evolución de doctrina y de jurisprudencia, este Código napoleónico ha llegado a tener por causa pre-

[52] En la obra de Charles Beudant (*Cours de droit civil francais*, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1936, pp. 192 y ss.) se encuentra muy bien destacada esta concepción puramente formal de la causa en el derecho romano primitivo, y puede consultarse en la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia.

cisamente lo que nuestro Código define por tal en su artículo 1524, como lo veremos oportunamente.

Pues bien, en la redacción del Código Civil francés de 1804 influyó la exposición de causa que hace Jean Domat, jurisconsulto del siglo XVII, en su libro *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en que, después de separar las obligaciones nacidas onerosamente de las a título gratuito, dice:

> En esas tres primeras especies de convenciones se hace un comercio en que nada es gratuito y la obligación del uno es el fundamento de la obligación del otro. Y en las convenciones en que uno solo resulta obligado, como en la de préstamo de dinero, la obligación del que toma prestado ha sido precedida de parte del otro, de una entrega, y el fundamento de la devolución es esa entrega hecha por el prestador. Así la obligación que se forma en esa especie de convenciones en provecho de uno de los contratantes, tiene siempre su causa de parte del otro, la obligación será nula si en realidad le falta la causa.

Respecto de obligaciones a título, se expresa Domat:

> En las donaciones y en los otros contratos en que uno solo hace o dona, y en que el otro no hace ni dona nada, la aceptación forma la convención y la obligación del que dona tiene su fundamento en cualquier motivo razonable o justo, como un servicio prestado o cualquier otro mérito del donatario, o la sola obligación de hacer el bien. Y este motivo sirve de causa [*tient lieu de cause*, dice Domat] para aquel que recibe y no da nada.

Estos antecedentes del expositor Domat, recogidos luego con precisión por Robert Joseph Pothier en su *Tratado sobre las obligaciones*, fueron también atendidos por los redactores del Código de Napoleón. Sería propio de un curso de extensión universitaria el entrar a referir y analizar la evolución de las dos doctrinas. Sin embargo, en el estudio que nos ocupa baste con señalar que en los contratos onerosos bilaterales la causa de la obligación de cada una de las partes reside en el objeto de la obligación de la otra, esto es, en el cumplimiento

de la contraprestación; que en los contratos a título gratuito, dicha causa la constituye por el contrario la intención liberal de quien se obliga y que en los contratos onerosos unilaterales dicha causa se encuentra en el objeto de la obligación misma.

No obstante haya habido contraprestación cumplida, perfecta intención liberal, entrega real de un dinero, con lo cual la equivalencia patrimonial queda satisfecha, no podría obtenerse la anulación cuando la obligación perturba el orden público, la moral o las buenas costumbres. De ahí que al considerar la causa sea inevitable tomarla como motivo que induce. El acto de voluntad es inseparable de ciertos móviles a que ella obedece, no aquellos móviles simples y extrínsecos del acto, móviles que son indiferentes jurídicamente hablando, sino a aquellos que han inducido la voluntad, conocidos por la otra parte, o que al faltar después, al no realizarse, implican un enriquecimiento injusto para la otra parte. O cuando, en términos generales, no se consiguió lo que se quiso tener.

Al hacer de estas nociones aplicaciones concretas, serán mejor entendidas. Tomemos en primer lugar los contratos onerosos, que son los más ocurrentes y prácticos, y entre ellos los bilaterales, después los aleatorios y luego los gratuitos. Por medio del acto jurídico buscamos cierto resultado; es un medio o un instrumento jurídico-social para hacernos a lo que necesitamos o deseamos (cosas, objetos, servicios o abstenciones). Es natural que el acto o contrato no lo realicemos por el solo placer del acto en sí, es un trabajo que nos tomamos movidos por la necesidad, la conveniencia o el simple capricho; sólo que la ley, la moral o las buenas costumbres alindan esa expansión de la voluntad —sea la ocasión de decirlo, en el derecho moderno debe predominar sobre su expresión material o técnica, salvo que el interés de los terceros imponga una forma solemne—.

Cabe advertir que ninguna escuela ha pretendido que todos esos movimientos puedan tener la calidad de causa, y que de su obtención o consecución penda la validez o la perduración del acto. Por ejemplo, me mueve a comprar un automóvil la noticia que me dan de que el mío fue robado y quiero reemplazarlo; si la noticia no fue cierta o el auto aparece después, en nada se menoscaba o se afecta la compra que hice. Ese móvil es de los que se llaman

simples o indiferentes y no son la causa jurídica. Cuestión muy distinta es que yo quiera elevar ese móvil, contractualmente, a la categoría de causa y ponga como condición del contrato, aceptada por el vendedor, que el auto no aparezca, pues entonces, realizada la condición, aparecido el auto, el contrato se resuelve por efecto de la condición, voluntariamente convenida y cumplida.

En general, y en virtud del principio de libre contratar, las partes pueden en el acto o contrato enunciar el fin que ellas o una de ellas se propone alcanzar; por ejemplo, la adquisición de un terreno para la agricultura. Si resulta que es inadecuado, el contrato es anulable.

La sola noción del contrato bilateral implica la de dar y dar; hacer un cambio, obtener un equivalente. Uno da para recibir. En los contratos unilaterales está implicada la noción la de dar porque se ha recibido. El vendedor entrega la cosa vendida a cambio del precio, y viceversa. El arrendador usa un inmueble a cambio de una suma, generalmente periódica, que le hace al arrendatario. Pues bien, si el vendedor entrega la cosa y el comprador no le da el precio, o si el arrendador (en el mismo supuesto) no recibe el canon, ¿será justo que el comprador y el arrendatario sigan usando de la cosa sin retribuir la prestación equivalente, o que se le obligue a uno a entregar sin que el comprador y el arrendatario, en su caso, estén dispuestos a satisfacer, por su parte, el objeto de su obligación? No. Ello pugna con la noción de la justicia de un simple cambio económico.

Si hacemos de esa contraprestación, de ese contravalor, como dicen los economistas, un elemento esencial del contrato, tenemos la noción de causa, de modo que a falta de realización de esa causa, el contrato es anulable a solicitud del defraudado que cumplió o estuvo listo a cumplir oportunamente, y la noción de causa, como elemento de validez del contrato, impide el enriquecimiento *sin causa*, es decir, injusto. Este es el instrumento jurídico de que se vale nuestro código para impedir esa injusticia. Ya vimos que los romanos empleaban otro procedimiento para lograr ese resultado: ellos, sin hacer de la existencia de un contravalor un elemento esencial del contrato, obligaban al que había recibido, sin haber dado nada en cambio, a devolver lo recibido, o sea, lo que lo había enriquecido pero sin anular ni resolver el contrato. (Acción de la *condictio*, del dolo o *excepción non numeratae pecuniae*).

Se tiene que en estos contratos onerosos y bilaterales, la causa consiste en la contraprestación o contravalor, en consideración de la cual el deudor se ha obligado. Y la falta de causa, en la no existencia, en la no realización, en la desaparición de ese contravalor. Este es el fundamento de la acción llamada de *resolución*, y de la excepción, llamada de *inejecución* (en latín denominada *exceptio non adimpleti contractus*). Veamos cómo obran:

Yo, vendedor, entrego la cosa. Usted, comprador, no me paga el precio el día convenido. Puedo tomar uno de dos caminos, a mi elección: obligo a cumplir el contrato y lo ejecuto, si el título presta mérito ejecutivo, o pido que el contrato sea resuelto, es decir, que se me devuelva la cosa que le vendí y le entregué. En uno y otro caso con indemnización de perjuicios (véase el artículo 1546 de Código Civil). ¿En qué se basó la acción resolutoria? En que faltó la causa de mi obligación de entregar y es preciso que, ya sin causa, el comprador incumplido no se enriquezca injustamente, es decir, sin causa.

Ahora, sucede que yo, dispuesto a entregar la cosa (en el contrato no se estipuló plazo para entregarla ni para pagar el precio) veo que el comprador no lo está a pagármela. El contrato debía cumplirse simultáneamente, esto es, según la gráfica expresión *dando y dando*. No se puede permanecer indefinidamente en esa situación de inejecución contraria al orden, a la circulación de la riqueza. Pero hay un contrato pendiente que vincula. ¿Qué hacer? Hay que destruirlo, para que yo, listo a cumplir, recobre la libertad que el contrato me limita. Eso se consigue en la resolución, acción que tiene mucha analogía con la de nulidad. Entonces, procedo a ello, como se dijo en el párrafo anterior.

Y si antes de proceder así viene mi comprador y quiere obligarme a entregar la cosa, yo puedo rehusar a entregarla, y excepcionar de inejecución. Invoco el artículo 1609 del Código Civil que dice: "En los contratos bilaterales, ninguno de los contratos está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allane a cumplirlo en la forma y tiene debidos". Eso es la *exceptio non adimpleti contractus*. Si el motivo que induce a contratar en los bilaterales (contravalor) sobrepasa la simple consideración de ese contravalor o contraprestación, o ésta es inmoral, ilícita o contra las buenas costumbres, el contrato debe ser anulado, y con nulidad, no ya relativa,

como en el caso de simple falta de causa, sino con nulidad absoluta: el juez, de oficio, puede declararla.

Al hablar de los vicios del consentimiento, nos referimos al error sobre la causa. Las partes creyeron que existía una causa, y lo creyeron erróneamente, porque no existía. La falta de causa es el resultado de un error, y error de hecho, porque según el artículo 1509, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Sólo necesitamos leer el artículo 1524 para encontrar un ejemplo de error de hecho sobre la causa. Así, dice el Código: "*la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa*". Es clásico otro ejemplo, el del que creyéndose heredero de una persona se obliga a pagar una deuda de la herencia. Descubierto el error, o sea que yo no era heredero, dejo de estar obligado al pago de las deudas de la herencia.

En los contratos reales (por ejemplo, el préstamo), el deudor se obliga a pagar porque recibe. Me obligo a restituir, porque he de recibir; pero no es esto sólo: no es la realidad únicamente la causa, es que el motivo ha de ser lícito. El hecho solo de recibir el dinero o la cosa no puede ser en sí ilícito. Hay algo más que tener en cuenta: el motivo que induce. Y eso lo veremos mejor al tratar "*del objeto y causa ilícitas*".

Los contratos aleatorios, por su índole, escapan muchas veces a una contraprestación efectiva. Aseguré mi casa durante cinco años y pagué las primas cumplidamente. La casa no se quemó. La compañía de seguros nada dio en cambio. La contraprestación consistió en el álea, y para mí en la ventaja de saber que el riesgo no corría de mi cuenta. Ese álea requiere una contraprestación: y por eso pagué las primas. El motivo que me indujo a contratar (la causa) fue el no correr el riesgo de perderlo todo en el incendio.

Finalmente, tenemos un tipo especial de actos jurídicos que también obligan: los *a título gratuito*. Ya vimos que para Domat "la obligación del donante encuentra su fundamento en cualquier motivo razonable o justo, como un servicio prestado, o cualquier otro mérito del donatario, o la sola obligación de hacer el bien. Y este motivo sirve de causa, para el que recibe y en cambio nada da".

Nuestro Código dice: "la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente" (inciso segundo, artículo 1524). El contravalor no puede aquí existir.

¿Se podrá decir, por esa manifestación que hace nuestro Código, que la pura liberalidad es causa suficiente de obligarse, que en la causa de ella no juega ya, no importa ya, *el motivo que induce*? No. Se llegaría a la conclusión de que si con la mera intención queda integrada la causa, si ésta es inmoral o ilícita, el acto o contrato sería siempre válido. Y esta conclusión es inaceptable. Además de la *pura liberalidad*, se exige la licitud. Por eso es preciso indagar por el motivo inductivo del acto. La intención liberal, causa de la obligación declarada por el Código, es inseparable de los motivos que la explican. No basta el *animus donandi.* Además de éste, la causa está en el motivo que determinó al autor de la liberalidad. Si este motivo resulta erróneo, inmoral o ilícito, la obligación es anulable.

Veremos de esto una aplicación en el capítulo siguiente, con motivo de las relaciones entre concubinos, y el Código lo aplica a cada paso en el libro sobre sucesiones y disposiciones testamentarias.

Teoría anticausalista

Aunque la teoría anticausalista fue enunciada en 1826 por Ernest, profesor de la Universidad de Liège, sólo se popularizó entre los juristas con motivo de haberla sustentado el expositor Planiol. En el *Précis de derecho civil* de Bonnecase se encuentra transcrita.[53] Consideró Ernest que es fácil comprender, sin ser jurisconsulto, que un contrato no puede existir sin voluntad (consentimiento), sin capacidad de los contratantes y sin objeto que sea materia de la obligación, pero que no es fácil comprender, y para eso sí se necesita ser jurisconsulto, que al lado de estos tres elementos sustanciales se agregue un cuarto elemento, la causa, como condición de validez, pues los contratos se explican con sólo aquellos tres, sin necesidad del último.

Si la causa —en los contratos a título oneroso (bilaterales)— de la obligación del uno es la obligación del otro; si la obligación del vendedor es el precio que debe pagar el comprador, y la de éste la cosa que ha de entregar el vendedor, la causa se confunde con el objeto, y entonces no hay razón en separar dos elementos cuando sólo son uno, o sea, el objeto, y por lo tanto exigir cuatro

[53] Bonnecase, *Précis de droit civil*, Librería Rousseau, Paris, 1934, pp. 200 y ss.

elementos, cuando en realidad son tres. En los contratos unilaterales sucede lo mismo: si falta el objeto no se explica la obligación unilateral. El que toma dinero prestado nada debe porque nada ha recibido; el objeto de la obligación le sirve de causa. Y a título gratuito, como la donación, en que se dice que la causa es la sola liberalidad, no se puede separar el sentimiento que anime al donante, de la voluntad que él expresa, y no hay necesidad de hacer de ella un elemento especial del acto. Esta causa, por sí sola, no forma una condición exterior de la existencia del contrato.

En fin, Ernest analizó los artículos de Código Civil francés y advirtió que muchos de ellos eran transcripciones literales de la obra de Pothier sobre las obligaciones; explicó que al tenor de ellos se producían los mismos efectos jurídicos que si se prescindiera de la noción de causa como cuarto elemento de validez del contrato.

Planiol, por su parte, muchos decenios después, dijo que en los contratos reales la prestación recibida es el hecho generador de la obligación y no la causa. Y agregó que en los bilaterales también era inútil la noción integrante de causa como validez de los actos y contratos, porque sin ella también se justificaban las soluciones de resolución por inejecución, excepción de inejecución y nulidad, pues cuando la llamada *causa* falta, falta el objeto de una de las obligaciones, y la falta del objeto era suficiente para que se anule o resuelva el contrato.

Esas opiniones anticausalistas han tenido sostenedores, y son muy serias y fundadas; una buena parte de ellas es el resultado de la influencia que a lo largo del siglo XX tuvo el derecho alemán sobre los juristas franceses. El BGB desdeña la teoría de la causa y, en su lugar, creó una institución conocida como la *lesión cualificada*, la cual se utiliza como un instrumento de justicia contractual. Ésta ha sido adoptada en aquellos códigos civiles que siguieron la tradición germánica y en los actuales proyectos de codificación del derecho europeo de los contratos, como los principios europeos de los contratos y el anteproyecto de Código Europeo de los Contratos elaborado bajo la dirección del profesor Guiseppe Gandolfi.

Sin embargo, al establecerse en los primeros que un contrato "está privado de todo efecto en la medida en que sea contrario a los principios reconocidos como fundamentales por el derecho de los Estados miembros de

la Unión Europea" (artículo 15:101), pese a no hacer expresa referencia a la causa, deja clara la posibilidad para el juez de buscar los motivos que hayan llevado a las partes a concluir un contrato que viole dichos principios, esto es, una *causa ilícita*; y en los segundos, aunque la causa fuera reemplazada por una fórmula compleja, según la cual "el contenido del contrato es lícito cuando él no es contrario a las reglas de este Código, ni a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres" (artículo 140), dicha fórmula conlleva una idea de intención de defraudar a través del contrato, lo cual constituye realmente una de las consecuencias que precisamente resultan igualmente de la noción de causa ilícita.[54]

Por estas razones, en realidad de verdad, la mayoría de estos expositores son causalistas, en especial porque tal como hoy se entiende la noción de causa, ella desempeña un papel social; es un instrumento *operante,* como hoy se dice, y no ya el elemento abstracto o inoperante de la llamada teoría clásica del siglo XIX. Los causalistas dicen que el solo objeto no basta para explicar la obligación, y toman, para demostrarlo, por ejemplo, el contrato de venta. ¿Cuál es el objeto de la obligación del vendedor? Pagar el precio. Y suponen que la cosa falte sin que lo sepan los contratantes, al celebrar el contrato.

La obligación del vendedor carece entonces de objeto, pero sí tiene objeto la de comprador: pagar el precio. Es decir, aunque la cosa falte, siempre el comprador tiene pendiente su obligación estipulada de pagar. Por lo tanto, para que no haya enriquecimiento injusto, del vendedor en recibir un valor o precio aunque nada haya entregado en cambio, para que desaparezca esa obligación que consta en el contrato, es preciso ver o establecer un *vinculus* o lazo entre dos obligaciones recíprocas, o sea *correlativas.* La resolución por falta de la entrega del objeto es acción que mira o tiende a *romper* primero ese vínculo por haber desaparecido la causa del pago.

De ahí también que se haya precisado cada vez más la noción de causa y que hoy se diga que ella consiste en los contratos bilaterales, en el contravalor *ejecutado.* La verdad es que con la teoría causalista sí se explica más

[54] Ghestin, Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006, No. 49 y ss., p. 37.

técnicamente la acción resolutoria o la excepción de inejecución (*non adimpleti contractus,* artículo 1609) o la nulidad, y se comprende mejor al hablar, como vamos a verlo, en otro aparte (de la causa y objeto ilícito), donde hay que indagar a veces hasta el simple motivo, es decir, un motivo más allá del *motivo que induce.*

Los causalistas anotan también que las legislaciones que no consagran la causa como elemento de validez esencial de los actos y declaraciones de voluntad (*v. gr.*, la alemana) dan gran importancia a la reglamentación de *la excepción de inejecución* en los contratos bilaterales, que son los más relevantes, y en los contratos unilaterales. Como son válidos ante esa legislación, aunque les falta la causa, hay que compensar esa falta de causa con un gran desenvolvimiento de la teoría del enriquecimiento injusto. Y recuerdan todos los esfuerzos de la doctrina romana para impedir esas injusticias con la *condictio,* la *exceptio non adimpleti contractus* y la querella *non numeratae pecuniae.*

Todos estos recursos son innecesarios y hacen de la causa un cuarto elemento de validez en la técnica jurídica del contrato, tan necesario como la capacidad, el objeto y el consentimiento. Este sistema causalista es el de nuestro Código Civil (artículos 1502, 1511 y 1524).

Lección XI. Del objeto y causa ilícitos

No basta que el acto o declaración de voluntad tenga un objeto y una causa, es necesario que uno y otro sean lícitos. La ilicitud consiste en contrariar la ley (ya como norma general, ya como ciertos contratos que ella prohíbe), el orden público o las buenas costumbres. El artículo 1502 exige la licitud para el objeto y para la causa. El artículo 1518 lo dice respecto del objeto que es "*moralmente imposible, el prohibido por las leyes, lo contrario a las buenas costumbres o al orden público*", y el artículo 1524, respecto de la causa, al definir la ilícita en los mismos términos.

Por ser comunes las nociones de orden público y de buenas costumbres, trataremos en común también el objeto y la causa ilícitos en los apartes referentes al orden público y a las buenas costumbres. Sin embargo, antes nos ocuparemos del objeto ilícito: (a) por estar fuera del comercio; (b) por ser en derecho un privilegio intransferible; (c) por estar embargado o por discutirse su propiedad, y (d) por tratarse del derecho de suceder a una persona viva. Después sí trataremos lo del orden público y las buenas costumbres:

a. *Objeto fuera del comercio*. Al tratar sobre las obligaciones especiales que debe llenar el objeto para que pueda serlo de un acto o declaración de voluntad, advertimos que, propiamente hablando, por tal deben entenderse las cosas que están fuera de comercio de los hombres, como el aire, la luz, el agua de mar —aunque conviene advertir que en un sentido restringido la luz o el aire pueden ser objeto de contratos, como cuando se constituye una servidumbre de luz, o de aire—; pero en general no es posible vender esos elementos o negociar con ellos que por ser de todos, no son de nadie en especial, pues por su naturaleza escapan a la apropiación. Sería ilusorio incluir esos elementos entre el patrimonio o inventario de bienes de una persona. Por cosas fuera del comercio deben entenderse las que así llamaban los romanos (artículos 653 y ss.).

La expresión *que son comerciales*, que usa el artículo 1518, como una de las condiciones para que una cosa pueda ser objeto de una declaración de voluntad, o *que no están en el comercio*, que usa el artículo 1521 para clasificarlas como objeto ilícito, la volvemos a encontrar en el artículo 2518, al hablar del dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que se pueden ganar por prescripción. En efecto, con algunas limitaciones, todas las cosas susceptibles de prestaciones o de prescripción están en el comercio humano. Dos grandes grupos se pueden formar de cosas imprescriptibles: aquellas que por su naturaleza escapan a toda captación y, por lo tanto, a posesión, base necesaria para ganar por prescripción su dominio; y los bienes de uso público, los cuales, según el artículo 2519, no se pueden prescribir en ningún caso.

Una corriente de agua que nazca en un predio y muera en éste es de propiedad nacional y de uso público (artículos 891 y ss.); su *propiedad* no se prescribe a favor ni en contra de nadie, pero el uso (derecho sui géneris distinto al derecho real de uso que reglamente el Código Civil) lo puede prescribir el dueño del predio inferior contra el dueño del predio superior riberano (artículo 893). Al ser de uso público, la propiedad y ningún otro derecho real sobre las aguas se puede adquirir ni por contrato ni por prescripción, porque la propiedad está fuera del comercio (artículos 2519 y 2521 del Código Civil).

Conviene advertir que, según algunos autores, la legislación de varios de los extinguidos Estados soberanos permitía adquirir la *propiedad* (y no sólo el uso, como hoy) de esas corrientes, pues era susceptible del comercio entre los hombres conforme a las leyes españolas;[55] pero hoy esa opinión es discutible. En realidad, no repugna a la naturaleza de las cosas, sino a la convención social que una corriente de agua sea materia del comercio contractual y acaparador del derecho privado, es decir, que el uso, el goce y la libre disposición los tenga una sola persona.

Hoy mismo, conforme al Código Civil, si la corriente nace y muere dentro de un mismo predio, pertenece, en propiedad, al dueño del predio; pero la tendencia universal es de comunicar o, por lo menos, nacionalizar del todo las

[55] Vélez, Fernando, *Tratado de derecho civil colombiano*, t. VI, Imprenta del Departamento, Medellín, pp. 86 y ss.

aguas corrientes, incluso las caídas de agua para fines industriales. En Francia sólo son comunes las aguas navegables y flotables, pero es programa de los partidos de izquierda o del frente popular el nacionalizarlas todas.

Hay bienes fiscales, como el capitolio, por ejemplo, que son de propiedad nacional y de uso privativo del gobierno, sólo enajenables con graves requisitos legales, y hay otros, como los baldíos y las minas, que son del Estado, pero en calidad de adjudicables a los particulares. Ésos están fuera del comercio, relativamente.

b. *Tampoco es permitida la enajenación*, por objeto ilícito, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Para que sean intransferibles es necesario que una ley lo declare. Así, el artículo 424 del Código Civil dice: "El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. Ellos se entienden conocidos por toda la vida del alimentario"; pero eso debe entenderse con ciertas limitaciones, como la del inciso 2º del 422, y pueden renunciarse o compensarse las pensiones alimenticias atrasadas (artículo 426). Si son voluntarios, por donación o testamento, sí pueden enajenarse, a menos que el donante o el testador la prohíba (artículo 427).

Derechos como los de uso y habitación también son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse (artículo 878 del Código Civil). Esos derechos (alimentos, uso y habitación) son los llamados *personalísimos* y son parte de las leyes de protección social. Según el artículo 942, el derecho que nace del pacto de retroventa no puede cederse.

Entre nosotros existe un régimen especial de propiedad para los indígenas, denominado de resguardos o comunidades de indígenas, que se inspira en protección para ellos.[56] Allí también se encuentran prohibiciones de enajenar una estancia que se les adjudique en los cuatro años posteriores a la adjudicación de la parcela y el régimen hipotecario casi está prohibido para ellos.

[56] Esta protección actualmente se encuentra en el artículo 63 de la Constitución Política de 1991 y ha sido tutelada en la sentencia de la Corte Constitucional SU-510/98.

c. Según el artículo 1521, también hay un objeto ilícito en la enajenación: "3º de las cosas embargadas por derecho judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta de ello". Este ello es la enajenación, de modo que debiera decirse en su lugar: "… a menos que el juez la autorice o el acreedor consienta de ella". La corrección gramatical la anota Fernando Vélez, al tomarla del comentador chileno señor Vera.[57]
d. También hay objeto ilícito en la enajenación según el mismo artículo 1521 del Código Civil: "4º de especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio". Entre los numerales 31 y 4º que se han trascrito hay una diferencia: que no toda cosa embargada por decreto judicial es especie cuya propiedad se litiga o, en otros términos: no por el hecho de que una cosa haya sido embargada puede decirse se está discutiendo su propiedad; al contrario, en los juicios ejecutivos, los bienes del deudor, que han de ser objeto de una próxima adjudicación a favor del acreedor (venta o adjudicación de la prenda o los bienes hipotecados, artículos 1189 y ss. del antiguo Código Judicial, y actual artículo 557 del Código de Procedimiento Civil), o que han de sacarse a remate para reducirlos a dinero (común denominador de los valores), y pagar con ese dinero, producto del remate, los créditos que se cobran, se parte de la base de que la propiedad de los bienes radica en el deudor, de modo que allí no se trata de bienes cuya propiedad se litiga.

Entre los mismos incisos se encuentra un elemento común: en el penúltimo y en el último del artículo 38 de la Ley 57 de 1887 se ordena al registrador llevar un libro titulado *De registro de los autos de embargo*, en el cual se hace constar el embargo de las fincas raíces que se hallen situadas en el correspondiente círculo de registro, y también otro titulado *Libro de registro de demandas civiles*, para la inscripción de las demandas civiles ordinarias sobre la propiedad de bienes inmuebles. El numeral 31 del artículo 1521 tiene su control en el penúltimo inciso del 38, de la Ley 57, y el numeral 4º del 1521,

[57] Vélez, *op. cit.*, t. VI, núm. 73.

en el inciso último del 38. El elemento común radica en el registro que marca en el momento en que tanto el objeto queda embargado como contra el litigio.

Conviene anotar que no es lo mismo embargar un bien inmueble que un mueble. Respecto de la primera clase de bienes (inmuebles) no cabe duda de que esta acción se consuma en la inscripción del auto de embargo en el aludido libro de registro; pero como los derechos sobre bienes muebles no se registran, el auto que decreta el embargo no tiene para la otra parte ni para terceros la misma fecha cierta, y es fácil, jurídicamente hablando, que el demandado o el deudor enajenen el bien mueble a un tercero, válidamente, puesto que a los terceros no les afectan los autos dictados en el juicio, ni pueden conocer el embargo decretado por el juez o la demanda sobre la propiedad del inmueble, porque, como decimos, no se llevan al registro público. Además, la simple entrega —real, simbólica o *brevi manu*— consumaría la tradición del demandado o deudor a favor del tercero (artículo 754 del Código Civil).

Por eso la doctrina y la jurisprudencia han decidido, con apoyo en los artículos 273 y 274 del Código Judicial (Ley 105 de 1931),[58] que la ilicitud de la enajenación de un objeto mueble, enfocada por el artículo 1521 del Código Civil, sólo se cuenta desde que el embargo de la cosa mueble haya sido *consumado* por el subsiguiente *secuestro* de la cosa mueble, fenómeno que consiste (el secuestro), según el artículo 2273 del Código Civil, en "el depósito de una

[58] En el antiguo Código Judicial, el artículo 273 decía: "El que ha demandado o intente demandar la reivindicación de cosa mueble, directamente o como consecuencia de una acción distinta, y tenga motivo para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, o que éste se ha ausentado o tema que se ausente, puede pedir que se decrete el embargo y secuestro de la cosa mueble, y así lo resuelve el Juez, siempre que el peticionario preste, previamente, caución de indemnizar los perjuicios que el embargo y secuestro hayan de ocasionar."; y el artículo 274 siguiente disponía: "El que haya demandado o intente demandar a otro para el cumplimiento de una obligación personal, puede pedir el embargo y secuestro de bienes muebles, o el mero embargo de inmuebles del demandado o presunto demandado, en cantidad suficiente para seguridad del pago, a fin de que el juicio no sea ilusorio en sus efectos. Para que la acción proceda se requiere: 1º Que el acreedor presente o haya presentado prueba, siquiera sumaria, de la existencia del crédito con calidad de exigible; 2º Que afirme una de las circunstancias siguientes: que el deudor está en mala situación de negocios, o que se ha ausentado sin dejar representante, o hay temor fundado de que se ausente, o que de algún modo trata de eludir el pago; y 3º Que se preste caución suficiente que garantice la indemnización de los perjuicios que el embargo y secuestro puedan causar al demandado o presunto demandado o a terceros." Estos artículos fueron reemplazados por las reglas de embargo y secuestro contenidas en el Título XXXV del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, artículos 681 y ss.

cosa que se disputen dos o más individuos en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor". El depositario se llama *secuestre*. "El secuestro es judicial cuando se constituye por decreto de juez y no ha menester otra prueba", según el artículo 2276 del Código Civil.

En efecto, siempre que la ley habla del embargo de muebles, prevé el secuestro, como puede verse de los artículos citados 273 y 274 del Código Judicial,[59] y por eso quien lo pida exige también que se deposite. Éste, respecto de terceros, porque entre demandante y demandado, ejecutante y ejecutado, el solo auto de embargo y ya su enajenación es prohibida o ilícita del deudor ejecutado o al demandado, y si éste, a pesar de tener conocimiento del auto, la enajena, incurre en vicio de nulidad, que no afecta a terceros, sino desde el secuestro, pero antes de éste da lugar a perjuicios a favor del demandante o ejecutante.

Volviendo al objeto inmueble, veamos cómo opera el artículo 1521. El registrador de instrumentos públicos no registrará escritura alguna de enajenación, ni anotará escritura en que se constituya hipoteca, cuando en el libro de registro de autos de embargos o en el registro de demandas civiles aparezca registrado bien el auto que ordena el embargo de la finca que se quiere enajenar o hipotecar, o bien la demanda civil sobre la propiedad de un inmueble (artículo 43 de la Ley 57 de 1887). El registrador sabe cuándo se ha inscrito un embargo o una demanda de dominio, porque el juez siempre se lo hace saber por un oficio apenas el demandado ha sido notificado de la demanda. Desde entonces le está prohibido modificar el *statu quo* del registro.

No obstante, ¿para todos será absoluta esa prohibición? Si mi finca, cuyo dominio nadie me discute, ni mis acreedores la persiguen por cuenta de créditos a mi cargo, aparece de un momento a otro embargada o en litigio, ya por error, ya por malicia de terceros y entre terceros extraños a mí, que la han hecho embargar como perteneciente a otros, ¿me estará prohibido enajenarla, es decir, venderla, hipotecarla o constituir sobre ella otro derecho real? ¿Me afectará ese embargo? Conforme a lo que disponía el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, sí, porque la prohibición para el legislador era absoluta; pero pre-

[59] Artículos 681 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

cisamente se vio que no era justo ni comercial que la prohibición afectara a persona distinta de la demandada o ejecutada, entonces se expidió el artículo 42 de la Ley 95 de 1890:

> La prohibición contenida en el artículo 43 de la Ley 57 de 1887 no se extiende al caso de que la enajenación o hipotecación de la finca, sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, y en consecuencia no se considerará en litigio la cosa, respecto de dicha persona, distinta, ni de las que contraten con ella.

En el ejemplo previsto en esta parte, no figurando ya como demandado o ejecutado ese embargo, aunque coincida con los linderos en todo o en parte de mi finca, no le impide al registrador inscribir el acto emanado de mí, de que soy autor, pues el juicio es entre terceros y no puede considerarse en litigio la cosa respecto de mí.

Un ejemplo, fallado por la Corte Suprema de Justicia, nos sirve para aclarar estas nociones. Se trataba del dueño de un edificio (llamémoslo A), quien lo hipotecó a favor de un banco. El banco lo ejecutó y le embargó el edificio. Después de registrado el embargo, A (propietario) se lo vendió por escritura pública a C, y aunque A le advierte a C que el edificio está hipotecado, hace constar que está libre de embargo. El registrador no se fijó en los libros y registró la venta de A a C. Poco después C sufrió el remate de su edificio y entonces supo que el edificio estaba embargado cuando lo compró. Acudió entonces a los tribunales y pidió y obtuvo la declaración de que la compraventa había sido nula por haber objeto ilícito en la enajenación, dado que el registro de la escritura se hizo contra la prohibición de los artículos 43 de la Ley 57 de 1887 y 42 de la Ley 95 de 1890. Declarada la nulidad, se decretó devolver a C el dinero y los perjuicios. Pertenecen a ese fallo de la Corte las siguientes consideraciones:

> El artículo 42 de la Ley 95 de 1890 establece que cuando la enajenación de la finca embargada sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, no se considerará en litigio la cosa respecto a dicha persona

distinta ni de los que contratan con ella, lo cual está diciendo claramente que no pueden ser terceros los que derivan su título del ejecutado o del demandado y ya se vio que A. tradente de C. había comprado las cosas embargadas a los ejecutados XX.

El quebrantamiento del artículo 1521 del Código Civil resulta igualmente de la circunstancia de que el tribunal no le diera eficacia a ese precepto para estimar ilícita la enajenación de las dos casas embargadas antes por decreto judicial, sin que la enajenación hubiera sido autorizada por licencia del juez, ni por consentimiento del acreedor, siendo así que el vendedor A, demandado en el juicio, no probó ni esa licencia ni ese consentimiento estando en el caso de obtenerlo, por no ser el tercero a que se refiere el artículo 42 de la ley 95 de 1890. Sólo mediante una de esas condiciones habría evitado la ilicitud del objeto del contrato.

Y no se diga que lo prohibido es sólo enajenación y que el presente vició lo demandado en la nulidad de la venta de las cosas corporales, o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley y el 1523 de la misma obra establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

Mientras la permanencia del embargo registrado el 2 de junio de 1930 hiciera de las cosas embargadas un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición terminante de hacer la tradición de lo vendido y era de estricta aplicación para el registrador, el artículo 43 de la ley 57 de 1887, a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros que no derivaran su título del ejecutado o demandado, caso en el cual el registro podía hacerse por virtud del artículo 42 de la ley 95 de 1890.

En confirmación de lo que acaba de decirse, conviene anotar que no se trata del caso de venta de cosa ajena, en que podría hacerse la distinción entre validez de la venta, en el sentido de que el contrato produce obligaciones para los que lo celebran, y nulidad de la tradición posterior por medio del registro. El caso en cuestión es simplemente de venta de cosa embargada. Ninguno le discute al ejecutado el dominio de las cosas.

Esta anotación se pone de relieve, si se pone de presente que el comprador C., pretendiera el reconocimiento de un mejor derecho de dominio que

el del ejecutado, para el efecto de excluir con la antigua acción de tercería, la cosa embargada de la traba ejecutiva, en donde se vería claro que proviniendo su título de dominio del mismo ejecutado, y versando el contrato sobre un objeto ilícito, ya que las cosas materia de la compraventa estaban cuando se efectuó el contrato fuera del comercio, por hallarse embargadas, mal podría C., con ese título, demostrar mejor derecho que el ejecutado al dominio de las cosas, por ser el mismo y carecer de tradición válida.[60]

En desarrollo de esos mismos preceptos, la Corte ha dicho:

Es nulo el registro de una hipoteca efectuado en contravención del artículo 43 de la ley 57 de 1887; es decir, cuando se efectúa estando vigente el registro de la demanda sobre la propiedad de la finca.[61]

Si por haber cesado el objeto ilícito en la enajenación de una finca embargada por haber prestado su consentimiento el acreedor, la venta de la cosa es válida, el registro de la venta o tradición de la cosa vendida debe ser también válida como el contrato de que es efecto, sin necesidad de cancelar previamente el registro de embargo. Cesando la causa, que es la ilicitud del objeto del contrato, debe cesar uno de sus efectos, que es la prohibición de hacer la tradición de lo vendido.[62]

Prohibida una demanda sobre el dominio de una finca cuando ya estaba embargada en una ejecución seguida por separado en juzgado distinto, el registro de esa demanda no es suficiente para impedir el remate de la finca embargada.

Tal inscripción debe considerarse ineficaz, y por tanto debe estimarse que no se halla en litigio en la fecha que se efectúa la pública subasta; es decir, que no hay objeto ilícito en tal venta.[63]

Si el ejecutado o demandado vende la finca que le ha sido embargada, y el comprador la vende a un tercero, éste no adquiere el dominio de la

60 CSJ, Cas. civ. de 16 de junio de 1916, G. J. núms. 1302 y 1303.
61 CSJ, Cas. civ. de 17 de diciembre de 1917, XXVII 143, 1ª.
62 CSJ, Cas. civ. de 9 de noviembre de 1917 XXVI, 223, 1ª.
63 CSJ, Cas. civ. de 15 de diciembre de 1913, XXIV, 18, 1ª.

> finca; no puede, por tanto, ejercitar tercería excluyente en la ejecución promovida contra el dueño de ella. El comprador y vendedor no son terceros respecto del demandado, puesto que derivan su derecho de una venta —ilícita hecha por él.[64]
>
> No es nulo el registro de la escritura de venta de una finca embargada por decreto judicial, efectuado sin haberse cancelado materialmente el registro de embargo, cuando los acreedores han consentido en la venta de esa finca y deja, por consiguiente, de haber objeto ilícito en la enajenación de ella.[65]

Finalmente, cabe anotar que es más que explicable el que se evite que el demandado saque fuera de su patrimonio el dominio de bienes y los sustraiga a la reclamación o persecución del demandante. Toda obligación personal da al acreedor todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, y se exceptúan solamente los no embargables designados en el artículo 1677 del Código Civil (artículo 2488).

e. El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, según el artículo 1520 del Código Civil, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título *de las asignaciones forzosas.* Se relacionan con este artículo los artículos 1262 y 1283 del Código Civil. Y aunque en ese libro III se trata ampliamente la materia, el Código creyó conveniente hacer resaltar la prohibición del pacto sobre sucesiones futuras como constitutivo de un objeto ilícito. Obedece en eso el legislador a un tenor manifestado tradicio-

[64] CSJ, Cas. civ. 16 de junio de 1916, XXV, 375, 2º.

[65] CSJ, Cas. civ. de 9 de noviembre de 1917, XXVI, 222, 2ª. Véase también la sentencia de la Corte Suprema del 18 de diciembre de 1935, dictada en el juicio de Alejandro Bonilla Salazar contra la Comunidad Dominicana; de 14 de diciembre de 1976 y de junio 24 de 1997, publicadas estas últimas en el Código Civil de hojas intercambiables de Legis, § 6632 y 6663.

nalmente: tales pactos o convenciones han sido siempre considerados como *odiosa en plena tristissima et periculosi aventus,* según Justiniano.[66]

Para la doctrina moderna, esos peligros han sido considerados insuficientes para explicar la prohibición. Obsérvese, en efecto, que ellos también existen en el contrato de renta vitalicia, porque el deudor de la renta siempre está interesado en la muerte del rentado, y en el contrato de seguro de vida, especialmente cuando el beneficiario de la póliza es un extraño al asegurado; sin embargo, la ley refuerza y la costumbre generaliza cada día más este último contrato. No se explica cómo estos contratos son válidos frente a la regla del artículo 1520, al ser, unos y otros, *votum mortis.*

Parece odioso el que si a esos pactos sobre la futura herencia se les diera validez, hubiera una vinculación definitiva e irredimible para el futuro de *cujus*, y siendo como es el testamento un acto esencialmente revocable y que puede ser secreto, es el instrumento o medio más adecuado para los propósitos del que quiera comprometer, dentro de los límites de la ley, los bienes que pueda dejar a su muerte.

[66] Const. 50 de Pactis, II, 3.

Lección XII. Orden público

Ya antes nos hemos encontrado con la noción de *orden público*, en la especificación adicional de los contratos. Allí vimos que el principio de la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones en las llamadas *cláusulas imperativas*, que son de orden público y, por lo tanto, inderogables. Vimos también algunos ejemplos de ellas en la legislación social. Volvemos ahora a tratar el orden público.

Como la colectividad o sociedad suponen un orden, sus poderes públicos no pueden prestarse al concurso que necesitan los particulares, cuando quiera que ese orden se vea contrariado o cercenado por la voluntad de éstos. La salvaguardia de ciertos intereses y principios le es indispensable para su vida. De ahí que prohíba ciertos actos y contratos, y que el Estado niegue el concurso de sus órganos (Poder Judicial, Fuerza Pública) para la ejecución de actos en trasgresión de sus prohibiciones, o de la simple norma o reglas sociales que inspiran y alimentan la legislación. Tales normas o reglas se denominan de *orden público*. No son definibles ni catalogables, pero se entienden por tales aquellas de primordial importancia para la existencia del Estado, o de la colectividad, las que son su misma garantía, las que implican un deber antes que un derecho, sea del individuo para con la sociedad o sea de ésta para con el individuo.

Desde el artículo 6º del Código Civil nos encontramos con esa tutela social. En materia civil dice: "son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos". Poco después tropezamos con otra prevención: "No podrían derogarse las leyes —dice el artículo 16 del mismo Código Civil— en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".

Esta noción está constantemente en las leyes. Ya vimos que de nada vale un acto o declaración de voluntad que tenga un objeto moralmente imposible, y que el artículo 1518 considera que es moralmente imposible el objeto prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Lo mismo sucede con la causa ilícita; lo es, según el artículo 1524, si contraría ese orden,

esas costumbres o la ley. En fin, los artículos 15, 1523, 1525 y 1526 sólo son expresiones del mismo concepto, y consecuencias de contrariarlo. No deja de ser inválido un acto o contrato, dice el 1526, por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad.

Y es natural que dentro del orden que supone una sociedad ésta niegue al individuo su concurso cuando se pretenda contrariar ese orden. No sería explicable que imponga un orden determinado y al tiempo preste su concurso para contrariarlo. Si la renta de aduanas, por ejemplo, constituyó a la vez uno de los principales arbitrios rentísticos en Colombia (y aunque lo fuera mínimo) y se inspira en la protección de ciertas industrias, ¿cómo sería posible que el Estado se prestara, por medio del Poder Judicial y de la Fuerza Pública, a ordenar el pago de una acción o aporte social a cargo de un socio para constituir una compañía de contrabando o para remunerar un servicio de esta clase?

El Tribunal del Sena, en Francia, declaró nula una hipoteca que servía de garantía a varias personas que habían dado en préstamo una suma de pesos a otras que organizaban una expedición revolucionaria contra el gobierno de Venezuela. Es de anotar que la organización revolucionaria no se dirigía a suplantar las autoridades francesas, sino las de otro país.[67]

La noción de orden público inspira la legislación en muchos ramos y en muchas materias dentro de un mismo ramo. Se consideran inspiradas en el orden público, en primer lugar, las que miran la organización general del Estado y el funcionamiento de los servicios públicos,[68] como las leyes penales. "Una

[67] Seine, 2 de julio de 1932, Sirey, 1934.2730.

[68] Ejemplos de estas leyes son: (1) la 142 de 1994, relativa a los contratos de servicios públicos domiciliarios, en la que el artículo segundo prevé la intervención del Estado en la prestación de estos servicios con el fin de garantizar, entre otras cosas, la "calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios"; "Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios"; "Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico."; la "Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan."; una "Prestación eficiente."; la "Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante."; la "Obtención de economías de escala comprobables."; "Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.", y el establecimiento de un "régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad."; (2) la 72 de 1989, "por la

pena que inflija un sufrimiento a un delincuente busca primero compensar el trauma causado al orden público con el fin de restablecerlo".[69]

Son consideradas también de orden público las leyes que orientan la vida contractual en una dirección que favorezca los fines estatales (orden público de dirección), esto es, "*las reglas por medio de las cuales el Estado pretende canalizar la actividad contractual en un sentido que parezca conforme a la utilidad social*".[70] Así, los acuerdos que en años recientes han sido propiciados por el Gobierno entre centrales de abastos, gremios y grandes cadenas de distribución, como los supermercados, destinados a "congelar precios de venta de productos básicos de la canasta familiar" buscan controlar la especulación y reducir la inflación; las intervenciones discrecionales de la Junta Directiva del Banco de la República en el mercado de cambio intentan prevenir los efectos negativos de la apreciación del peso en algunos sectores de la economía nacional, y, en particular, las reglas concernientes al ejercicio de la competencia en los mercados, contenidas en la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, están dirigidas a "garantizar la libre y leal competencia económica […] en beneficio de todos los que participen en el mercado".

El artículo 1519 del Código Civil dice expresamente que hay un objeto ilícito en todo lo que contravenga al derecho público de la nación; de ahí que sea nula la promesa de someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes, como sería pretender sustraerse a las reglas de procedimiento que determinan la

---

cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República para eliminar el monopolio estatal en las comunicaciones"; (3) la 37 de 1993 sobre telefonía móvil celular, modificada parcialmente por la Ley 422 de 1998; servicio en el cual el Estado interviene por tratarse de un servicio público a cargo de la Nación, y (4) la 182 de 1995, "por la cual se reglamenta el servicio de televisión, y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones" y que en su artículo 2 dispone que "los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana…".

[69] Vincent-Legoux, Maire-Caroline, *L'ordre public, étude de droit comparé interne*, PUF, Paris, 2001, p. 42.

[70] Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Droit civil: les obligations*, 9e éd., Collection Précis Dalloz-Droit Privé, Paris, 2005, No. 383, p. 386.

jurisdicción y competencia de los jueces, atendidas la naturaleza y la cuantía de los asuntos. Se exceptúa el caso en que sea posible la cláusula compromisoria. Tampoco se puede renunciar a cierto modo de prueba de las obligaciones.

Son también de orden público las leyes fiscales (desplazamiento de impuestos) y las leyes las monetarias (fuerza o poder liberatorio; no se puede modificar la diferencia de valor entre la moneda metálica y la fiduciaria). No se pueden convenir remuneraciones a favor de un empleado público para que cumpla aquello a que lo obliga su cargo o para que lo viole (corrupción, soborno, etc.).

Igualmente, son consideradas de orden público las leyes relativas a la constitución y pérdida del estado civil de las personas, a la nacionalidad, al domicilio y a la organización de la familia. El Estado civil lo fija la ley no sólo en interés del individuo, sino también del grupo social a que pertenece, y en cuanto a la familia, nuestra organización burguesa ve en ella la célula o centro en que reposa la sociedad. Por otra parte, la autoridad marital, la paterna, la tutela, más que derechos, son fuente de obligaciones; las nuevas leyes sobre hijos han tenido muy en cuenta esta nueva noción de deber y sustituyó la antigua definición de patria potestad, que parecía conferir al padre sólo derechos, por la siguiente en que se advierte la noción de obligación: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".[71]

No es posible hacerse incapaz por convención, porque el derecho protege al incapaz contra su propia debilidad y contra el poder de los aptos y capaces. Además, el incapaz encuentra protección en las reglas sobre los vicios del consentimiento y la lesión. Son de orden público las reglas que miran la

[71] Originalmente esta regla había sido establecida por el artículo 13 de la Ley 45 de 1936, al disponer: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone". Posteriormente este artículo fue subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 y modificado finalmente por el artículo 24 del Decreto 2820 de 1974, que dispuso: "Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro […]. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia."

integridad física y moral de las personas y las que protegen su independencia y libertad. En ellas se inspiran las que prohíben las obligaciones irredimibles o ciertas convenciones que tienen por objeto el cuerpo humano: el Consejo de Estado francés, por ejemplo, consideró que atentaba contra la dignidad humana el "hombre bala" (*lancer de nain*) "que conduce a utilizar la persona incapacitada como proyectil de un cañón".[72]

En cuanto a las leyes que miran la independencia y libertad de los miembros aisladamente enfocados de la sociedad, volvemos a encontrarnos con la legislación llamada orden público de protección o social. Como defensa para el individuo contra el fuerte, contra los poderes o *trust* económicos ha surgido, dentro del principio de libertad de asociación que consagra nuestra carta fundamental, la organización gremial y sindicalizada. Como ésta tiende a proteger por la unión de esfuerzos y de dirección al individuo, es claro que éste no podría obligarse válidamente con su patrón o no sindicalizarse; esa cláusula no tendría valor. Ahora, según los principios filosóficos a través de los cuales se mire la cuestión social, el contrato llamado de trabajo suele contener ciertas cláusulas más o menos válidas. Al respecto, conviene que ustedes conozcan la siguiente disertación hecha en un salvamento de voto a la parte motiva de una sentencia de la Corte, de fecha 25 de mayo de 1936. Dice así el magistrado Mujica:

> Con la revolución francesa, surgió por primera vez a la vida del derecho el sistema de la igualdad jurídico-formal, como consecuencia del triunfo de los objetivos perseguidos por la burguesía, igualdad que disfraza y profundiza la real desigualdad social y económica de las personas. El trabajo fue libre, dijo Barboux, pero el trabajador quedó abandonado a sí mismo, entregado a todo el rigor de la concurrencia, condenado al aislamiento obligatorio, y anclado a la esclavitud de una libertad muy absoluta para su ignorancia, demasiado pesada para su debilidad.
>
> Fueron necesarios todos los efectos del desarrollo del capitalismo subsiguiente a aquella época, para que adquiriese conciencia el proletariado

[72] Cons. D'Ét. 27 octobre 1995, D. 1996.177, note Lebreton.

de que en su aislamiento individual nada podía, y por lo tanto, de que únicamente con su clase le era posible elevarse y caer.

A su turno y como consecuencia igualmente de la evolución de la economía libre a la organizada, que vino impuesta al capitalista por la necesidad de regular la producción y distribución de sus mercancías, por medio de convenciones tendientes a aminorar los resultados perjudiciales para sus intereses de la competencia, adquirió aquel la conciencia de que él también se hallaba socialmente ligado.

La lucha de clases, producto del sistema económico imperante, es la que ha hecho surgir la noción del derecho social, el cual no es fruto de una concesión graciosa de las clases privilegiadas ni efecto de la práctica humillante de la caridad, sino reconocimiento por su parte de una realidad jurídica arrancado a ellas por la violencia unida de la clase dominada.

De ahí que el derecho social no signifique el que provee a la seguridad y al bienestar de los que son económicamente débiles, sino que reposa sobre una modificación estructural de todo el pensamiento jurídico.

Aquellas fórmulas jurídicas consagradas cuando la Revolución Francesa, según las cuales todas las personas son libres e iguales, consideran a estas disociadas y les reconocen igual libertad de contratar, cedieron ante la realidad jurídica que en vez de la igualdad y libertad, base del derecho individual, puso en vigencia la idea de ecuación, soporte del derecho social. Porque la libertad abstracta preconizada primitivamente, no existe sino en forma de coacción aprovechada por los que son económicamente débiles y porque los individuos se hallan permanentemente vinculados por lazos sociales.

El derecho social contempla, pues, al hombre completo y socializado, y no a la persona sin individualidad aislada en un plano irreal, despojada de todas sus características específicas. Para el derecho social lo que existe es el patrón y el asalariado, el empresario y el empleado; en síntesis, el concreto estado de poderío o de debilidad económicos y sociales de los individuos.

> Es indudable que con el derecho social se inicia el período que empezamos a vivir en la época presente, de la síntesis que sobre todas las ramas del derecho se opera de la tesis individualista y de la síntesis socialista.[73]

Al dominio del derecho social pertenecen hoy, sin discusión alguna, los campos jurídicos del derecho obrero y del derecho económico. Doctrinariamente se reconoce por ahora a la legislación del trabajo tres objetivos esenciales:

> 1° Asegurar a ambas partes contratantes, en el contrato de trabajo, las libertades indispensables para que discutan las condiciones de éste sobre un mismo pie de igualdad; 2° Restringir en ese contrato la autonomía de las voluntades contratantes, a fin de asegurar, más completamente, de lo que podría hacerlo el libre juego de aquellas voluntades, la justicia de una parte, la seguridad y la moralidad de los asalariados; 3° Proponer y aun imponer a los asalariados un empleo provechoso y previsor de sus salarios.

Por consiguiente, apoyados en las anteriores consideraciones, el resultado de la división escolástica del trabajo humano en sus dos cualidades de personal y necesario no explica la verdad de la norma legal en la cual subsumió este caso la Corte, ni tampoco explica, como ella lo sugiere, la imposibilidad moral por móviles de caridad y de beneficencia que el legislador permaneciera indiferente ante ciertas situaciones de falta de protección a los desvalidos, ni menos aún por sentimientos egoístas, que persiguen evitar cuantas veces sea posible la carga social de sostener al desamparado.

Esta norma es, sencillamente, el resultado impuesto al legislador por el esfuerzo unido y victorioso de los asalariados, a quienes de esa manera se les reconoce su derecho a la devolución de parte del valor de su trabajo, que en forma de plusvalía ha retenido el empresario.

El Estado, al aplicar el derecho social, uno de cuyos actuales objetivos transcribimos, se inspira en la justicia distributiva y no en la conmutativa, a fin de amoldarse a la forma y a la realidad jurídica de aquel derecho. De ahí

[73] CSJ, Cas. civ. de 25 de mayo de 1936.

que el Estado, en este caso por medio de su órgano judicial, deba contemplar a cada una de las partes en su verdadera situación de poderío o de debilidad social y tomar en consideración tales circunstancias para proteger al débil y para limitar el exceso de poder del fuerte, porque en la justicia distributiva no entra en juego ya el punto de vista nivelador o igualitario, sino el concepto de proporcionalidad.

Las partes no se hallan equiparadas una a otra; sus relaciones no son de coordinación, sino de subordinación y supraordinación. A causa de ello en los vínculos jurídicos que anudan los contratantes con ocasión de negocios regidos por el derecho social, el Estado deja de ser un tercero para convertirse en interesado principal de la relación jurídica, como parte llamada a imponer las cargas, distribuir las ventajas y contener y suprimir los derechos que no sean ejercidos conforme a los deberes.

También son de orden público las leyes reglamentarias del ejercicio de ciertas profesiones. La Ley 67 de 1935 le dio a la medicina la condición de función social: impone deberes.[74] La doctrina considera como ilícito el tráfico de influencia, la práctica llamada *dicotomía*, o sea, la partición de honorarios entre el cirujano y el especialista y el médico que le envía a aquel cliente. Dentro de este orden de ideas, es ilícito el pacto conocido con el nombre de *quota litis,* en virtud del cual el abogado trabaja a cambio de una cuota de lo que gana en el litigio, porque esta clase de pactos son contrarios al deber profesional: la consagración a la misión confiada al abogado debe ser una misma cualquiera que sea el éxito del negocio.[75] En este sentido, citan estos autores una sentencia francesa de 1912; sin embargo, este concepto no es aplicable entre nosotros, donde el pacto de *quota litis* es tan frecuente, según lo ha resuelto la Corte Suprema.

A este respecto, conviene recapitular las disposiciones que ponen de relieve la insistencia del legislador en sentar normas de riqueza ética para el

[74] De igual forma lo hacen las normas relacionadas con la ética médica: Ley 23 de 1981; el Decreto 3380 de 1981, que reglamenta dicha ley; la Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud, y el Decreto 4444 de 2006, relativa a la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva.

[75] Beudant, Charles y Lagarde, Gaston, *Cour de droit civil français*, tomo VIII: Les contrats et les obligations, número 233, s. e., s. l., 1936.

ejercicio de la representación y para el desempeño del mandato. En defensa de los representados y de los mandantes, el legislador colombiano prohíbe la ejecución de aquellos actos en que pueda peligrar la imparcialidad de los representantes o de los mandatarios, así:

> Prohíbe a los guardadores comprar bienes de sus pupilos, o tomarlos en arriendo; prohíbe el contrato de venta entre el padre y el hijo de familia; prohíbe a los empleados públicos comprar los bienes que se vendan por su ministerio, los bienes en cuyo litigio han intervenido; prohíbe a los síndicos de concurso y a los albaceas, tomar prestados los dineros del concurso o de la sucesión; prohíbe a los corredores toda especie de negociación o tráficos sobre los objetos que hacen materia habitual de sus operaciones; prohíbe a los corredores adquirir para sí las cosas cuya venta les ha sido encargada, prohíbe a los martilleros tomar parte en la licitación o adquirir del rematador lo que éste hubiere rematado en el martillo, prohíbe que los socios apliquen los fondos comunes a sus negocios personales; prohíbe al mandatario comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender o vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.[76]

La sentencia de que tomamos este aparte sienta una doctrina interesante en relación con la noción de *ilicitud* y de ética profesional del abogado, que puede resumirse así:

> Conviene recordar que los códigos de ética forense elaborados por las academias de jurisprudencia, por las asociaciones profesionales, por los colegios de abogados o por simples juristas celosos del buen nombre que ha de acompañar a quienes ejercen la abogacía, son códigos muchísimo más rígidos que los penales y que las reglas de moral, cuya observancia constituye el sentido de las buenas costumbres. Es natural el mayor rigor de las normas sobre ética forense, porque éstas no sólo condenan lo ilícito, sino también lo que no

[76] CSJ, Cas. civ. de 1º de octubre de 1935, GJ, 1905 y 1906.

> se ajusta a las más extrema delicadeza y, en multitud de ocasiones, lo que aún siendo delicado, puede ser apenas imprudente o contrario a la estética profesional y a la fama de que deben gozar quienes siguen la carrera del foro. Sean ejemplos: el abogado que tacha de estólido a su contrario no comete ciertamente un delito. Tampoco quebranta le ley penal el que compra a su cliente derechos litigiosos en la misma causa que ha puesto subjúdice. Pero con el vocablo rudo falta a la delicadeza, y con la adquisición de los derechos en el litigio de este concepto, el considerar que en Alemania no hay expresión corriente dentro del lenguaje de los juristas, que correspondía a la fórmula del Código Civil colombiano de *orden público*, y que el Código Civil alemán no habla sino de *buenas costumbres*, sea a propósito de los contratos, con objeto ilícito, sea de los actos ilícitos que entrañan una responsabilidad civil. (Artículos 117, 826 y 832 del Código Civil alemán). De modo que allá el acto se anula por ser contrario a las buenas costumbres, cuando un texto expreso no lo ha prohibido. Nosotros justificamos la nulidad por violación de la ley, o del orden público, o de las buenas costumbres.[77]

Pueden tomarse como contrarios a las buenas costumbres (aunque también por causa ilícita) el préstamo hecho a una mujer casada para que huya con su amante y abandone el hogar legítimo y el corretaje prometido a una agencia matrimonial para buscar marido o mujer; sin embargo, esto último no es de aceptación general, y algunos tribunales extranjeros se limitan a reducir o a negar la comisión convenida.

En general, la cuestión de las buenas costumbres se presenta con motivo de las relaciones sexuales, y en mucho depende la mayor o menor influencia de la Iglesia católica en cada sociedad. Recientemente el Consejo de Estado estableció que tanto la esposa como la concubina ilegítima o compañera permanente de un fallecido podían gozar de la pensión de sobreviviente, a condición de que se comprobara que, al momento de la muerte, el hombre estaba conviviendo simultáneamente con las dos mujeres. Para ello, el Consejo de Estado consideró que "el derecho a la sustitución de la pensión es una protección que establece

[77] CSJ, Cas. civ. de 1º de octubre de 1935, GJ 1905 y 1906.

la ley para la familia, sin importar la manera como esta se conformó, es decir, por vínculo matrimonial o por unión libre".[78]

Recientemente, la jurisprudencia francesa, en armonía con la doctrina que acaba de exponerse, ha decidido cambiar su jurisprudencia en punto de las donaciones hechas entre concubinos extramatrimoniales.[79] De acuerdo con un fallo de febrero de 1999: "no es contraria a las buenas costumbres la causa de una donación con la cual el autor pretenda mantener una relación extramatrimonial que él tiene con la beneficiaria".[80]

Al comentar esta evolución en las costumbres francesas, el renombrado profesor Jacques Ghestin, dice lo siguiente: "En definitiva, las donaciones entre concubinos son válidas desde que el concubinato, como el matrimonio, impone no tener que tomar en cuenta los móviles que determinaron la unión

[78] CE, Sección Segunda, sentencia de 14 de abril de 2008, magistrado ponente Jesús María Lemos Bustamante.

[79] El fundamento de la inmoralidad en la causa de una donación semejante se inspiraba en la doctrina católica: una donación que se realizara con el fin de mantener una relación extramatrimonial era nula porque atentaba contra los valores de la familia, y así había sido defendido por los jueces desde la Cass. Civ. de 26 de marzo de 1860, DP. 60, 1.255; reiterada por la misma Cámara el 8 octubre 1957, D. 1958, 317, nota P. Esmein; y del 28 de junio de 1988, D. 1989.181, nota I. Najjar (mandato post mórtem).

[80] Cass. 1re civ., 3 février 1999, JCP 1999.II.10083, note Billiau et Loiseau, D. 1999.267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'sughrue, *Droit de la famille*, 1999, No. 54, obs. BB, Défrenois 1999.680, obs. Massip, 738, obs. D. Mazeaud, Grands arrêts No. 25. En el mismo sentido: Cass. 1re civ., le 16 mai 2000 (no publicado), que considera: "No va contra las buenas costumbres la donación cuyo autor pretenda con ella mantener una relación adúltera"; Cass. 1re civ., le 29 janvier 2002 (no publicado) que no entiende como inmoral "la donación consentida por un concubino a su compañera, destinada a prolongar en el tiempo el vínculo que le unía a la beneficiaria"; por Cass. Ass. Plénière, 29 octobre 2004, JCP G, 2005, II.10011, note Fr. Chabas; JCP G. 2005, act. 223, L'occasion revée., À propos de Cass. Plénière, 29 octobre 2004, Fr. Terré; JCP G. 2005, I.187, p. 2160, Cause, relation adultère, validité, R. le Guidec; D. 2004, p. 3175, note D. Vigneau; RTDciv. 2005, p. 104, obs. J. Hauser; Defrénois 2005, p. 234, obs. S. Piedelievre; Defrénois 2005, p. 1045, obs. Mikalef-Toudic; Dr. Famille, 2004, comm. 230, note B. Beignier; Contrats, Concur, Consom., 2005, comm. 40, obs. L. Leveneur; RJPF 2005, P. 40, obs. Ph. Delmas-Hilaire; Rev. Lamy dr. civ., 2004, No. 11, p. 41, M Lamarche, bonnes mœurs et libéralités, según el cual "no es contrario a las buenas costumbres la donación consentida con ocasión de una relación adúltera"; y por el fallo de la 1re civ. del 25 de enero de 2005, Bull. civ. I, No. 35; JCP G, 2005, IV, 1455; Dr. Famille 2005, comm. 35, obs. Larribau-Terneyre; JCP G, 2005, I, 187, p. 2160, Cause, relation adultère, validité, R. Le Guidec.

de la pareja. La nulidad por causa inmoral no se aplicará sino a los casos de prostitución".[81]

La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos que se presenten: todo depende de una cuestión de hecho y particularmente *de la intención* de los concubinos, tal como ella puede desprenderse de la conducta que ellos hayan tenido. Si existió entre ellos una unión que se prolongó en el tiempo o que, por el contrario, si no existió entre ellos una remuneración por la vivencia de una relación clandestina.

El artículo 1523 del Código Civil dice: "Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes". No obstante, siguiendo las reglas generales de derecho sobre el objeto ilícito, causa ilícita, orden público y buenas costumbres, se llega al mismo resultado de invalidar el acto que implique contrariar esas reglas; la ley positiva ha creído del caso de prohibir ciertos contratos o ciertas cláusulas de ellos. Recordemos que, según el artículo 61 del Código Civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa pero, proponía, no puede decirse que el móvil estuviera incluido en el contrato, y por lo tanto que el fin sirviera de causa.

Supongamos que antes de conocerlo, entregó el dinero. Puede entonces cobrarlo con el contrato al cumplirse término estipulado, porque no concurre el elemento "a sabiendas" que exige el artículo 1525. En cambio, el que lo recibió, que sí lo sabía, no puede negarse a devolverlo, porque no puede invocar su propia culpa: *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*. Si ambos contratantes conocían el fin ilícito perseguido, el que entregue el dinero no puede exigir la devolución, y lo pierde, porque entonces ahí juega en su integridad todo el texto del artículo 1525. Vale tanto esta solución como el axioma: *in pari causa turpitudinis cesant repetitio.*

Y en cuanto al que lo recibió se queda con él. La doctrina prefiere esta solución, aunque en realidad haya un enriquecimiento injusto (sin causa en el sentido de contravalor), por razones sociales. Al haber pleno conocimiento de

[81] Ghestin, Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, No. 1288, p. 846.

ambas partes acerca del fin ilícito, se aplica el axioma: *in pari causa turpitudinis melior est causa possidetis.*[82]

En todos estos casos, como ustedes lo habrán advertido, obra con plena eficacia la noción de causa, entendida como móvil determinante, como el motivo que induce. Y constituye uno de los mejores argumentos contra la teoría anticausalista: en efecto, el objeto sólo, al no poder ser en sí ilícito, no obraría tan eficazmente desde el punto de vista social.

[82] Esto se estudia mejor en el pago de lo indebido.

Lección XIII. De las nulidades

En la Lección XII vimos con qué elementos se construye técnicamente un contrato, desde el punto de vista jurídico, y cómo surgen válidamente del acto o contrato obligaciones para las partes. Ahora vamos a ver cómo se extinguen esas obligaciones por el medio técnico de la nulidad. Nos anticipamos al orden que sigue el Código Civil, puesto que del título II del libro IV saltamos al título XX del mismo libro, porque así lo requiere la mejor comprensión de la cuestión jurídica.

En efecto, es explicable que después de ver cómo uno se obliga válidamente, se vea cómo deja de quedar obligado. Claro, no sólo la nulidad es un medio de extinción de las obligaciones, sino apenas uno de ellos, y preferimos tratarlas primero porque a la noción de validez el entendimiento opone de inmediato la de la nulidad. El artículo 1625 del Código Civil dice que son varios y diferentes los modos de *extinguirse* las obligaciones (extinguirse es el término que usa el Código): "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo convengan en darla por nula".

No obstante, las obligaciones se extinguen, además, en todo o en parte: (1) por la solución o pago efectivo, (2) por la novación, (3) por la transacción, (4) por la remisión, (5) por la compensación, (6) por la confusión, (7) por la pérdida de la cosa que se debe, (8) por la *declaración de nulidad* o por la rescisión, (9) por el evento de la condición resolutoria y (10) por la prescripción. Estos diez medios o modos de extinción de una obligación los trae el artículo 1625 del Código Civil. A cada uno de ellos este Código le dedica un título. El de nulidad y rescisión es el título XX, y comprende los artículos que van desde el 1740 hasta el 1756, de los cuales el 1742 fue subrogado por el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 —uno de los más trajinados y discutidos por la doctrina y por la jurisprudencia, y que rigió hasta el 17 de junio de 1936, el que a su vez fue subrogado por el artículo 21 de la Ley 50 de 1936, publicada en el *Diario Oficial*, núm. 23.160—.

La nulidad es una sanción (un beneficio, pues la sanción no es sólo la pena); es un medio para restablecer la equidad y proteger el interés privado o para

mantener el orden público y las buenas costumbres. Aquel que pretenda hacer su negocio mediante una maquinación dolosa, será sancionado cuando por medio del pronunciamiento la nulidad le impida recoger los frutos de su modo de obrar. La equidad se restablecerá cuando al vendedor que ha cometido una lesión en la venta se le obligue, por medio de la rescisión (así se llama entonces la acción de nulidad), a devolver el precio desproporcionado que recibió por el objeto.

El orden público será atendido cuando, por medio de la nulidad, se allana la compañía formada para introducir mercancías de contrabando, y las buenas costumbres, cuando la casa arrendada deja de servir para juegos clandestinos o para fomentar la prostitución, y será protegido el menor cuando se anula la enajenación que hizo sin la asistencia de su representante legal o sin las formalidades legales.

La sanción normal de un acto o contrato que tuvo un fin ilícito (un préstamo hipotecario para organizar una revolución contra las autoridades legítimas del propio país extranjero) o de un acto prohibido por la ley (contratación de un seguro en el extranjero para amparar bienes ubicados en el territorio nacional), o al cual le faltó uno de sus cuatro elementos esenciales para su validez (consentimiento, capacidad, causa real y lícita y objeto lícito), es la nulidad de dicho acto o contrato.

Eso no quiere decir que siempre que así se obre haya de venir precisamente una nulidad, porque la ley suele disponer, a veces, otra cosa, una sanción distinta (artículo 6º del Código Civil), como daños, perjuicios, multas, y aun dejarlo sin sanción, como los perjuicios ocasionados a terceros por la tentativa de suicidio de una persona.

La ley civil busca que las relaciones jurídico-patrimoniales de los hombres se conformen o ajusten a la justicia y al bien común; al tiempo, deja a cada individuo que cuide de sus propios intereses. Pero hay un momento en que considera necesario intervenir, para proteger esos intereses individuales, o sea, para proteger un interés general. Dentro de este último propósito se inspira la llamada *legislación social*, en que el derecho moderno ha tomado gran empeño en impedir la explotación o el abuso del económicamente fuerte sobre el débil.

Este propósito, ese empeño de que la protección que opera mediante el instrumento técnico de la nulidad mire a proteger solamente derechos privados

o que saliéndose ya del simple campo patrimonial se busque proteger también el interés de la sociedad, que requiere cierto orden, cierta norma colectiva para realizar su fin, distingue las nulidades relativas de las absolutas.

Otro criterio para llegar a esa distinción de nulidades absolutas o relativas ha sido el de la *confirmabilidad* del acto o contrato, para concluir que si el acto es confirmable o ratificable, la nulidad es relativa, y en caso contrario, absoluta; pero este criterio se subsume o comprende en el primero, porque, como lo veremos luego, no es dejado a un particular tornar válido mediante su voluntad un acto que hiere su interés privado cuando hay de por medio, además, un interés social lesionado.

Lo que hace nulo absolutamente al objeto o causa ilícitos, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, es un acto o declaración de voluntad, y después de establecerse la ilicitud la ley dice que no puede sanearse por la ratificación de las partes; sin embargo, antes de tratar las calidades o aspectos que caracterizan las nulidades absolutas o relativas, conviene aclarar algunas otras calificaciones en que se empeña la doctrina —aun la jurisprudencia—, y que solamente ocasionan confusiones metafísicas sin nulidad práctica jurídica:

> Ante el derecho romano no se conoció la nulidad por fuerza o por dolo. La víctima de la fuerza o del dolo era protegida por otros medios técnicos; el acto o contrato era válido si en su forma se ajustaba a la ley, *forma dat esse rei.* No habría para qué atacar el contrato mismo, que por su forma era perfecto, y de ahí que la víctima del dolo se excusaba de cumplir o de no haber cumplido con la excepción de dolo. En otros casos, al acto válido se le oponía el medio técnico de la *restutio in integrum.* Solamente el error ocasionaba una nulidad de pleno derecho. Por lo demás, las restantes nulidades obraban por oficio del magistrado.[83]

[83] ¿Es irrestricto e ilimitado el poder que le otorga la ley al juez para declarar la nulidad absoluta de oficio? De acuerdo con la Corte Suprema, no. En efecto, afirma la Corte: "El poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto e ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga

Esta distinción entre nulidades que operaban de pleno derecho y otras circunstancias más graves —como son las que afectan el orden público, las restituciones o el restablecimiento a la normalidad— es necesario buscarlas acudiendo a la justicia si el interesado que se ha aprovechado se niega a devolver cuanto retiene. De este modo, el acudir a la declaración de nulidad por medio de la justicia y el buscar así el restablecimiento de las cosas a lo normal no dependen de que el fenómeno jurídico sea éste o aquél, sino del principio que prohíbe el uso de medios directos para hacerse justicia en sustitución de los que sólo a la autoridad compete, toca decretar.

En cambio, hay un fenómeno jurídico que sí responde, en realidad, a efectos jurídicos propios y distintos: el de la *inoponibilidad* del acto o contrato. Un acto es imponible cuando es válido entre las partes, pero ineficaz respecto de terceros. En ese sentido, como se dice que el acto secreto o simulado es válido entre las partes, pero no es oponible a terceros, y como una sentencia judicial es para terceros (*res inter alios acta*), así también, en derecho comercial, la omisión de las formalidades (registro civil, comercial y publicación) no es fenómeno oponible a terceros, no excusa a la sociedad del cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de terceros, y aun hace responsables a los socios en forma solidaria (artículos 477 y 474 del Código Civil). Así se pueden oponer por terceros a otros terceros (artículo 478). La ley, de este modo, emplea la expresión *oponer e inoponer.* A este propósito "Es preciso distinguir desde luego la inoponibilidad de la nulidad en los diversos grados de ésta".[84]

---

de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron.", CSJ, Cas. civ. 5 abril 1946, GJ No. LX, p. 357, ratificada por las sentencias de 9 de junio de 1892, GJ, t. VII, No. 344, p. 262; 30 de junio de 1893, GJ, t. VIII, No. 406, pp. 340 y 341; 12 junio 1923, GJ, t. XXX, No. 1548, pp. 59 y 60; 19 agosto 1935, GJ, t. XLII, No. 1900, pp. 372 y 363, y 26 agosto 1938, GJ, t. XLVII, No. 1940, p. 66, y 20 mayo 1952, GJ, LXXII, p. 123.

[84] Paul Esmein, autor del tomo VI de la obra extensa de la *Obra del derecho civil* de Planiol y Ripert, núm. 280.

En principio, el acto reconocido como nulo no produce los efectos a que estaba llamado, con respecto de ninguna persona, sea desde su origen, sea por lo menos a partir de la declaración judicial de la nulidad; pero, con frecuencia, un acto es ineficaz respecto de terceros y, sin embargo, permanece válido entre las partes. Entonces se trata de un simple caso de inoponibilidad. Ésta se encuentra en varios casos: omisión de medidas de publicidad prescritas en seguridad de terceros o de formalidades que persigan el mismo fin.

Con estas observaciones hemos querido mostrar cómo las distintas figuras jurídicas que la doctrina ha ideado para clasificar los sutiles fenómenos de las nulidades en categorías distintas a la de absolutas y relativas no tienen ninguna utilidad práctica, y sólo han venido a complicar la noción, por sí difícil, de las nulidades. Por eso se ha iniciado y acentuado una regresión a la sencillez, que llegó a la más minuciosa clasificación de nulidades, a la sencillísima exposición del profesor Paul Esmein en su curso de segundo año de derecho civil en la Facultad de París (1935-1936). Tampoco admite otras nuestro derecho positivo y refrenda este concepto la Ley 50 de 1936.

Nulidades relativas

Hemos dicho ya que las nulidades relativas tienden a proteger solamente *derechos privados como individuales*: de ahí que si el acto afectó el vicio o el defecto, entraña un perjuicio que no sólo alcanza el interés patrimonial de la personalidad, sino a la persona cuyo interés privado protege o a sus herederos o cesionarios. El artículo 1743 del Código Civil dice que la nulidad relativa puede ser declarada por el juez o prefecto sólo 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 han establecido las leyes.

Así mismo, no habiendo de por medio un interés social, la nulidad no puede ser declarada de oficio por el juez, porque el individuo debe cuidar sus propios intereses e invocar las defensas legales cuando juzga él, y sólo él, que le conviene prevalecerse de la nulidad para defenderlos. En efecto, puede suceder que el acto le haya sido provechoso y le convenga renunciar a la nulidad. De ahí que el artículo 1743 diga también que la nulidad relativa "no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte".

Así es como no estando la ley interesada en sí misma, por no haberse afectado con el acto irregular la norma legal, como norma de conducta social, el Ministerio Público puede erigirse en personero del mero interés privado, y de ahí que el artículo citado diga que tratándose de una nulidad relativa "no pueda pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el solo interés de la ley".

Dentro de este criterio de la protección al mero interés privado —o al general, social o público— se explica en la primera hipótesis (interés privado) que el acto sea *ratificable* o conformable, y que no lo sea en la segunda (interés público), porque el individuo no puede sanear y tener por inviolada la norma social con sólo querer y poder remediar la lesión patrimonial; él no es personero de ese otro interés. Cuando la nulidad no es generada por objeto o causa ilícitos, "puede sanearse por la ratificación de las partes", dice el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, y el artículo 1743 dice también respecto de la relativa: "y puede sanearse por […] la ratificación de las partes".

Finalmente, el tiempo transcurrido para que la acción prescriba, después de consumado o el acto o contrato nulo, varía según que la nulidad sea absoluta (cuatro años) o relativa (treinta años, antes de la Ley 50 de 1936, 20 después de esta ley, y 10 según el artículo 1º de la Ley 791 de 2002).

Generan nulidades relativas, según lo dicho, por afectar sólo el interés privado, los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo, la falta de capacidad para el acto o para celebrar el contrato (incapaces relativos), la falta de causa cuando ésta sea lícita y la lesión por falta parcial o total del objeto lícito. No importa que el error sea de los que algunos autores llaman simples vicios de consentimiento: entre nosotros, cualquiera que sea el error, la nulidad es sólo relativa. El interesado (la persona que lo ha sufrido) y sus herederos o cesionarios tienen cuatro años de plazo para pedir la nulidad, acción que también se llama de *recesión*, y este es el vocablo de que se valen los artículos 1741 y 1750 del Código Civil.

Nulidad y rescisión son sinónimos para este efecto de procurar o buscar la protección legal: "la nulidad relativa da derecho a la rescisión del acto o contrato", dice el primero de aquellos artículos. "Y desde cuando se cuenta este cuatrienio". El artículo 1750 contesta: "En el caso de error o dolo, desde

el día de la celebración del acto o contrato, en el caso de violencia, desde el día en que esta hubiere cesado".

La nulidad por falta de causa ha sido considerada, casi por unanimidad, y tanto por autores nacionales como extranjeros, hasta ahora, como generadora de nulidad absoluta, pero se ha iniciado ya una relación contra este generalizado concepto, que es erróneo y resultado de la literatura doctrinaria, que complicaba la noción de nulidad hasta el punto de hacerla ininteligible y temible, debido quizá a factores históricos como los que anotamos atrás de nulidades que no podían pronunciarse sino mediante "letras de rescisión del príncipe". La doctrina moderna elimina esas complicaciones y sutilezas, y simplifica la noción de nulidad para hacerla lo que sólo debe ser: un medio técnico de protección, ora del interés privado, ora del interés social. Es el derecho vivo el que se quiere conocer, no un derecho muerto, convencional, imaginativo.

Y esta tendencia del derecho moderno encuentra una adecuada aplicación en la teoría de la causa: socialmente ésta opera para evitar el enriquecimiento sin justicia o, mejor dicho, sin causa, a expensas ajenas. Se ampara al que contrata a título oneroso para que no vaya a dar algo sin recibir en cambio la correlativa prestación o contraprestación, o para que no se le obligue a restituir, sin haber recibido previamente.[85] Es fácil ver que si el contrato se anula por falta de causa,

[85] En Francia el ejemplo más reciente de esta tendencia se encuentra en la sentencia de la Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa del 22 de octubre de 1996, mejor conocida como Chronopost, en el cual, sobre la base del artículo 1131, que dispone que para ser válido el contrato tiene que estar provisto de una causa lícita, reputó de "no escrita" la cláusula limitativa de reparación que había sido estipulada en un contrato de transporte de mensajería rápido celebrado entre la sociedad Chronopost y los expedidores. De acuerdo con esta cláusula, en caso de retardo en la entrega del correo a ella confiada, en su calidad de "Maestra del Tiempo", éstos simplemente respondían hasta por el valor del importe. La Cámara Comercial consideró que esta cláusula debería ser borrada del contrato toda vez que reducía excesivamente la sanción que por incumplimiento se preveía para el transportador y, en consecuencia, dejaba desprovista de causa la contraprestación del expedidor, lo cual desequilibraba el contrato y arruinaba su coherencia interna. Véase Mazeaud, Denis, "La notion de cause d'origine Francaise", en Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco (coord.), *Los contratos en el derecho privado*, Universidad del Rosario y Legis, Bogotá, 2007, p. 127. Y aunque este fallo haya sido justamente criticado, en particular porque la Cámara Comercial confundió la causa del contrato con el incumplimiento de la obligación "no es porque la responsabilidad de Chronopost se haya limitado al monto del importe que el expedidor se obligó sin contraprestación. La limitación de responsabilidad no dispensa al deudor de cumplir su obligación. La prueba es que si él incurre en culpa (dolo o culpa grave), él será responsable sin que haya lugar a tener en

es precisamente para proteger el interés privado patrimonial, pero en ello no está interesado o afectado ese otro interés general o social. Siendo así, sólo tendrá derecho a quejarse el individuo y no la sociedad; por consiguiente, sólo aquél o sus herederos, o cesionarios, podrán invocar la nulidad como acción que los proteja; y sólo él es el llamado a ratificar lo actuado o a dejar que el acto se valide por el transcurso de los cuatro años. Es decir, la nulidad es relativa.

En materia civil, dice el artículo 6 del Código, "son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley" si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad puede ser absoluta o relativa, y distinguirlas es cuestión de doctrina cuando la misma ley no las califica. Por ejemplo, el artículo 472 del Código Civil, al referirse a las sociedades colectivas, califica expresamente la nulidad absoluta de la escritura social y la de ciertas otras formalidades. Para el artículo 1740, la nulidad sólo puede ser absoluta o relativa.

Al tenor del artículo 1741, y esto no presenta dificultad, es absoluta la nulidad producida por un objeto o causa ilícitos; pero son absolutas también 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. Los requisitos de forma necesarios para que un acto o declaración de voluntad surja a la vida jurídica son cuestión de que la sociedad, para su ordenación jurídica, esté interesada y, por lo tanto, de orden público, especialmente porque esas formalidades (*v. gr.*, las de registro, las de sociedades) tienden a la protección de terceros.

La venta de bienes raíces y servidumbres, y la de una sucesión hereditaria, por ejemplo, no se reputan perfectas ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública (artículo 1857); así mismo, el usufructo que haya de recaer

---

cuenta dicha limitación." (Véase Larroumet, Christian, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, Recueille Dalloz-Sirey, Paris, 1997, Chroniques, pp. 145 y 146). Lo cierto es no se trata ésta de una "aplicación devastadora de la teoría de la causa en un campo que le fuera extranjero", ni que se trate de una aplicación que tenga por efecto "el desarrollo del contrato del contrato por el Juez", como lo afirma M. Larroumet en su crónica antes anunciada, sino de una concepción de la causa en los jueces franceses que se acerca coincidencialmente a la establecida por el inciso tercero del artículo 1524 del Código Civil colombiano, conforme al cual "Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa…".

sobre inmuebles por acto entre vivos sólo valdrá si se otorgare por instrumento público inscrito (artículo 826). La promesa de celebrar un contrato no está sujeta a inscripción, pero debe otorgarse por escrito (artículo 89 de la Ley 153 de 1887). Es evidente que estas formalidades miran no sólo la protección del interés privado del que contrata, sino que también son normas jurídicas inderogables en las cuales la sociedad, dentro de su ordenación jurídica, está interesada. Es claro que su infracción trae nulidad absoluta.

Sin embargo, no todas las nulidades por vicios de forma son absolutas. Eso es verdad, pero no siempre. El artículo 1741 distingue: si la formalidad está prescrita en consideración a la calidad o estado de las personas que las ejecutan o acuerdan, la nulidad por infracción es relativa. El que no haya nulidad absoluta siempre que hay vicio de forma es un enunciado cuya aplicación se encuentra pensando en las establecidas en protección de los incapaces. Se trata de la protección del incapaz, es decir, de un interés privado, particular, en que la nulidad, aunque fundada en un vicio de forma, permanece como nulidad relativa.

El artículo 1741 agrega que hay, así mismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. No corresponde esta sanción con el criterio que hemos venido aplicando: en efecto, esas formalidades se enfocan en suplir la falta de capacidad del impúber, del demente y del sordomudo que no puede darse a entender por escrito (artículo 1504). Y si la sociedad está interesada en ellas, es por medida de protección del interés privado de esas personas, de la misma forma en que lo está respecto de una persona relativamente incapaz. (La moderna doctrina francesa considera relativa la nulidad del acto del interdicto)

Si cesa la incapacidad, nada impide que el acto sea ratificado; pero en esta parte, el artículo 1741, modificado por el segundo de la Ley 50 de 1936: al tenor de su inciso final, dice: “la nulidad, cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes, y en el acto del absolutamente incapaz, no interviene ilicitud”. Confirma este concepto la consideración de que los actos y contratos de los incapaces en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios no podrán declararse nulos ni

rescindirse, sino por las causas de que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes, según el artículo 1745 del Código Civil.

Si bien es verdad que conforme a la terminología del Código, la palabra *nulos* corresponde a la nulidad absoluta, y la palabra *rescindibles*, a la relativa; y lo primero se predica del acto del incapaz absolutamente, y lo segundo, del que apenas lo es relativamente, es lo cierto que tomado el artículo 1745 como norma legislativa, la nulidad es un beneficio tanto para el interés privado del absoluta como del relativamente incapaz. Entonces, la ratificación no presenta dificultad si es de la conveniencia del incapaz.

En cuanto a la fecha desde la cual se cuenta el cuatrienio para la ratificación cuando la nulidad proviene de incapacidad legal, se contará desde el día en que ella haya cesado (artículo 1750). Respecto de otras personas (las jurídicas) y de herederos menores que hayan llegado a la mayoría de edad, son claras las disposiciones de los artículos 1751 del Código Civil. Los artículos 1752 a 1756 son muy raros y reglamentarios también, pero conviene subrayar que si las nulidades absolutas no son ratificables, ello se debe a lo que enseguida se anota.

Cualquiera que sea la nulidad de que se trata la ratificación, sólo procede cuando el vicio motivo de la nulidad ya no existe: "no vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar" (artículo 1756), y siempre que, siendo expresa, se haga con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica (artículo 1753), pues, de no ser así, el acto de confirmación o ratificación quedará afectado del vicio primitivo. Así, la ratificación del acto celebrado por el incapaz sólo vale cuando es capaz o antes, por medio de su representante legal y con las formalidades de ley. Se trata de un vicio del consentimiento cuando se ha salido del error o cuando el dolo o la violencia no nos afecten ya. Ahora, como las nociones de orden público o de moral cambian lentamente, no puede valer la ratificación, porque la noción seguramente subsistirá para impedirla.

No obstante, si se trata de leyes prohibitivas temporales (por ejemplo, la de la estipulación de monedas) y cesa la prohibición por derogación de la ley o porque termine el plazo de vigencia, se puede ratificar expresa o tácitamente; pero si el contrato era de los solemnes, para que la ratificación valga, derogada

la prohibición, es necesario, según el artículo 1753, que se vuelva a celebrar con las solemnidades a que la ley sujeta al acto o contrato que se ratifica.

Nulidades absolutas

La exposición anterior sobre las nulidades relativas nos facilita y acorta describir las nulidades absolutas. Sus características son:

Primera. Puede y debe ser declarada por el juez aun sin petición de parte (es decir, de oficio) cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. En esto es idéntico el artículo 2° de la Ley 50 de 1936 y al 15 de la Ley 95 de 1890.

Segunda. Puede, así mismo, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. También es idéntico el nuevo artículo al antiguo.

Tercera. Cuando no es generada por el objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes. Esta es una innovación del legislador de 1936 y consulta la última palabra de la doctrina moderna. Da a entender que hay casos en que la nulidad absoluta no es generada por objeto o causa ilícitos, y así es porque también genera o produce nulidad absoluta la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de su naturaleza. Pues bien: en estos casos —omisión de requisitos (*ad solemnitatem*)— puede sanearse por la ratificación de las partes, pero entonces la ratificación debe ser expresa y hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica, según lo prescribe el artículo 1753 del Código Civil. También entonces se validan retrospectivamente todos los efectos cumplidos por razón o en desarrollo del acto primordialmente nulo.

Estos actos o contratos los llaman *inexistentes* aquellos quienes hacen esta otra categoría de nulidades, pero que ante nuestra ley son las mismas nulidades absolutas.[86] Ya hemos dicho que se denomina *inexistente* un acto al

[86] ¿Un contrato viciado es un contrato no celebrado? A esta pregunta la Corte ha contestado negativamente: "Una cosa es que un contrato sea o haya venido a ser vicioso y otra cosa muy

cual le falta un elemento tan esencial, que sin éste no tiene siquiera existencia aparente; pero que, enfrentados a los actos nulos, no se diferencian en sus consecuencias prácticas: el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, tan aplicable es a unos como a otros.

Podría doctrinariamente hacerse esta distinción: el llamado acto o contrato nulo de nulidad absoluta es, en sí, perfecto; tiene completa apariencia. Respecto de la forma y las condiciones esenciales intrínsecas (consentimiento, objeto, causa y capacidad), las partes están válidamente obligadas, pero la ley no le reconoce validez, porque el contrato contempla, además, un objeto o un fin moral o ilícito. En cambio, en el llamado acto inexistente su sola forma exterior lo muestra como inexistente.

Cuarta. Puede alegarse por todo el que tiene interés en ello. El subrogado artículo 15 de la Ley 95 de 1890 agregaba: "Excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba". Esta salvedad dio lugar a serias dificultades en su aplicación, por cuanto el interés general que existía en declarar la nulidad parecía opuesto a la facultad de alegar el motivo o la acción al contratante mismo que había incurrido en ella. Hoy ya no es discutible que la puede alegar, pero en cuanto a las restituciones a que haya lugar (artículo 1746), se aplican las reglas analizadas por nosotros en otra parte de estas conferencias, a saber: *in pari causa cesat repetitio* y también *in pari causa melior est posidentis.*

Reprodujo con razón el legislador de 1936 la amplia facultad de que la nulidad puede alegarla "todo el que tenga interés en ello". Así, aunque la acción de nulidad es distinta de la simulación, según veremos al hablar de fraude, la jurisprudencia, confundiendo estas dos acciones o figuras jurídicas, ha estimado últimamente (pues por mucho tiempo la Corte negó) que el acreedor del simulante sí tiene interés en demandar la simulación de los actos de fraude ejecutados por su deudor que se hace ficticiamente insolvente.[87]

---

distinta es que no se celebrara. La celebración es un hecho independiente de la calidad. El dictado de vicioso requiere lógicamente la entidad contrato, a manera que el adjetivo calificativo requiere el sustantivo calificado.", CSJ, Cas. civ. de 15 marzo 1941, GJ, No. L, p. 799.

[87] CSJ, Cas. civ., 28 de mayo de 1935, GJ, 1827, p. 24.

Cuando la nulidad es absoluta, a la sociedad le conviene impedir que el hecho se ejecute o que, ejecutado, permanezca en sus efectos. Es preciso atajar el resultado. Y el medio técnico para ello es la nulidad. Entonces, el interesado en ello obra como defensor de la norma social, bien que movido por un interés particular.

Pero, ¿cuál es?, ¿en qué consiste ese interés? No es, desde luego, un interés cualquiera, sino un interés protegido por el derecho. En otras palabras, lo que se denomina un derecho subjetivo.

Hay un ejemplo que traen los autores de que vamos a hacer uso para mostrar casos en que el interés social existe de parte del demandante, pero al cual le falta la protección del derecho. Es éste: si mi vecino vende su casa para que el comprador instale en ella juegos clandestinos o monta un establecimiento de prostitución, suponiendo que yo pudiera demandar la nulidad de esta venta, con ello no conseguiría impedir el resultado, o sea, impedir que se establezca la casa de juegos o de prostitución, porque no podría lograr que a mí se me entregara la casa, no siendo ni contratante, ni sucesor o cesionario; no habiendo relación jurídico-patrimonial entre mi vecino y yo. Me faltaría el interés en ello. El que tengo será un interés cualquiera, no el protegido por el derecho. Este interés que entonces me asistiría, o de perjuicios en ciertas circunstancias, sería insuficiente ante la ley para la acción de nulidad.[88]

[88] ¿Quiénes tienen interés en alegar la nulidad? "El Interés que legitima al tercero es un interés económico que emerge de la afección que le irroga el contrato impugnado", CSJ, Ca. civ. de 17 de agosto de 1893, GJ, t. IX, p. 2; 13 de julio de 1896, GJ, t. XII, p. 13; 29 de septiembre de 1917, GJ, t. XXVI, p. 180; 8 de octubre de 1925, GJ, t. XXXV, p. 7; 20 de mayo de 1952, GJ, t. LXXII, p. 125, entre otras. "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 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", CSJ, Cas. civ. de 2 de agosto 1999, GJ, CCLXI, p. 117.

Consecuencias de la nulidad

El pronunciamiento o declaración de la nulidad se busca para que todo se restituya a su estado anterior: "si no hubiese existido el acto o contrato nulo", dice el artículo 1746 del Código Civil. Es fácil comprender que si el acto no ha producido ningún efecto, ninguna dificultad existe para retrotraer las cosas; pero esto no es lo que generalmente sucede. Es natural que la casa vendida con vicio de nulidad se haya entregado al comprador —y es posible que este último le haya hecho mejoras o que haya producido arrendamiento, causado impuestos, que la haya hipotecado, etc.— y que el vendedor haya invertido el precio o parte de él que recibió. Bien: el modo de volver cada cosa al primitivo dueño y de indemnizar a una y otra parte, según haya sido de buena o de mala fe, es lo que se llama las *restituciones mutuas*. El inciso del artículo 1746 regula esas prestaciones. En efecto, dispone que:

> En las instituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, [se] hará cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro; de los intereses frutos, y del abono de las mejoras necesariamente útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Esta es una aplicación que la ley hace del principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, sin causa justificativa. Muchas veces, perdida la cosa, por ejemplo, las restituciones hay que cumplirlas por equivalencia; esto en contratos de ejecución instantánea, como la compraventa al contado.

No obstante, la doctrina admite que cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva, como el arrendamiento, bien pueden regularse las prestaciones teniendo en cuenta la ley del contrato, es decir, la voluntad de las partes, y esto no va a aumentar y agravar la confusión propia de la nulidad que se declara. Es decir, el contrato será válido en cuanto reguló en parte al pasado; sin embargo, respecto del contrato de sociedad comercial, el artículo 475 del Código Civil dispone que, declarada la nulidad, la liquidación de las operacio-

nes anteriores se hace con sujeción, no al estatuto social, sino a las reglas del cuasicontrato de comunidad.

Hay que tener en cuenta que el artículo 1747 modifica las reglas de las restituciones mutuas que fija el 1746, cuando declara nulo el contrato celebrado con un incapaz. Éste solamente está obligado a devolver aquello con que se hubiere hecho más rico, en cuanto llene las condiciones que exige el segundo inciso el artículo 1747, a saber: "Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas 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 quisiera retenerlas".

Consecuencias de la nulidad respecto de terceros

Los terceros sufren la repercusión del pronunciamiento de nulidad en virtud del trascendental principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse hebot*. Ninguno puede transmitir a otro un mayor derecho del que tiene (artículo 752 del Código Civil). En consecuencia, el artículo 1748 dispone: "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

La repercusión o efecto del pronunciamiento de nulidad está encaminada, fatalmente, contra los terceros poseedores. ¿Quiénes son esos terceros poseedores? Con frecuencia, la ley habla de los terceros, y ella y la doctrina ponen gran cuidado en respetar su posición teniendo en cuenta su buena o mala fe, la apariencia de los títulos, la máxima *error comunis facit jus* y la seguridad social en las transacciones. Pero en ninguna parte los define ni es posible catalogarlos en categorías o numeración invariable y acudir a esa numeración cuantas las veces la ley se refiere a ellos: la condición de terceros debe entenderse *secundum subjectam materiam.*

Hasta donde más se puede generalizar, por terceros debe entenderse toda persona distinta de las que celebraron el acto jurídico o ejecutan el hecho generador de obligaciones; pero cuando por muerte del contratante los herederos lo suceden en sus derechos y obligaciones transmisibles, éstos ya no son terceros respecto del arte jurídico celebrado por su causante.

Así mismo, son terceros las personas que no estuvieron representadas en un juicio, pero dejan de serlo, en el sentido de que la sentencia dada en un pleito perjudica no solamente a los que litigaron por sí o legalmente representados, sino también a sus herederos, a sus legatarios, si éstos lo son de la misma cosa que fue materia del pleito y a los que, posteriormente, adquieran de aquellos la dicha cosa por cualquier título. En cuanto a los sucesores a título singular, hay excepciones según la clase de acción ejercitada, a saber:

- Si la sentencia fue dictada en juicio seguido por acción popular, produce efecto contra terceros.
- Si fue dictada en juicio en que se ejercitó la acción de nulidad, pudo citarse en éste, de una vez, a los que hayan adquirido la cosa de la persona que ejecutó el acto o contrato de cuya nulidad se trate, para que el fallo les aproveche o perjudique. Este artículo se desarrolló del 1748 del Código Civil. Esos adquirentes son terceros, y el fallo de nulidad no les perjudica sin su audiencia.
- El fallo dictado a favor o en contra de una persona aprovecha o perjudica a sus acreedores personales.
- El fallo sobre acción de simulación no perjudica a los terceros adquirentes de buena fe; al contrario, éstos pueden demandar y aprobar la simulación consumada entre terceros, siempre que tengan, para demandar, un interés jurídico (artículos 1766 y 1934 del Código Civil).
- El fallo sobre acción resolutoria por venta de cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, no da derecho de reivindicación contra terceros poseedores de buena fe (artículo 1547 del Código Civil).
- Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, sólo podrá resolver la enajenación o gravamen cuando la condición conste en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública (artículo 1548 del Código Civil). Los terceros adquirentes a título singular o universal, en ese caso, de dicho inmueble no se perjudican si el título no traía la constancia de la condición que lo afectaba.

- La ley civil se ocupa de terceros también en los siguientes principales casos: por rescisión (revocación o reforma del derecho que da la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; artículos 105 y ss. del Código Civil); por razón de actos ejecutados por el heredero indigno y por el heredero aparente (artículos 1033, 757 y 1325 del Código Civil); por razón de las enajenaciones y gravámenes de que puede ser objeto la cosa asignada por parte del así notario modal (artículos 1148 y 1150 del Código Civil); por la resolución, rescisión y revocación de las donaciones entre vivos (artículos 1481 y 1489 del Código Civil); por que una cosa está arrendada y un tercero la adquiere (artículo 2020 del Código Civil) y cuando se ejercita la acción pauliana (artículo 2491 del Código Civil); por que se posee un inmueble hipotecado (artículos 2491 y ss. del Código Civil); respecto a la fecha cierta de documentos privados (artículo 1762 del Código Civil); por la fe de los instrumentos públicos (artículo 1759 del Código Civil); por las estipulaciones para otro y por otro (artículos 1506 y 1507 del Código Civil); al poseedor de cosa mueble comprada en feria, almacén, etc. (artículo 947 del Código Civil); etc. (artículo 1634, inciso 2º del Código Civil).

Y en fin, en el caso que nos ocupa del artículo 1748 del Código Civil, no distingue este precepto si la nulidad pronunciada que afecta al tercero sea absoluta o relativa, tampoco si el tercero se afecta según que sea de buena o mala fe. Cualquier nulidad produce o da lugar a reivindicar contra el tercero, sea de buena o de mala fe. De modo que si entre A y B se celebra un contrato en virtud del cual B adquiere un inmueble, y el contrato es luego declarado nulo; pero si B ya lo vendió a C, éste, que es el tercero, tendrá que restituirlo a la persona que obtuvo el pronunciamiento de la nulidad del primitivo contrato entre A y B. No es posible que B se ponga al margen del vicio de nulidad, vendiendo a C, ni que C se ponga también al margen, vendiendo a D. Cualquiera que sea el causahabiente, después sufrirá la consecuencia de la antigua nulidad. Esto es así, faltante, en virtud de una norma superior de orden público: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse hebot.*

Las excepciones legales a que se refiere el artículo 1748 son las del artículo 947 del Código Civil, que sólo permite la reivindicación de cosa mueble comprada en feria, tienda, etc. mediante el pago de ciertas prestaciones al poseedor. Y la del artículo 1951, impropiamente, porque en el caso de este artículo no se trata de nulidad sino de acción, de rescisión que no prospera contra el tercero, y eso por el mayor valor que se haya vendido.

El tercer adquiriente puede defenderse de la reivindicación que sigue al pronunciamiento de la nulidad mediante la excepción de prescripción ordinaria y extraordinaria (diez o veinte años de usucapión); pero entonces su defensa estriba en el hecho jurídico nuevo, en un modo de adquirir, como es la prescripción.

Finalmente, la reivindicación contra terceros no prospera en el caso en que se haya hecho prevalecer un contrato oculto o secreto sobre el público u ostensible. De eso nos ocuparemos enseguida, a propósito de la simulación.

Lección XIV. La simulación

La simulación consiste en celebrar públicamente un acto o contrato, pero al tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente. Suele llamarse el acto público acto sostenible o aparente, y al acto secreto, privado u oculto:

> Hay *simulación*, dicen Planiol y Ripert[,] cuando se hace conscientemente una declaración inexacta, o cuando se hace una convención aparente cuyos efectos son modificados o descartados o suprimidos por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta.
> No hay simulación —agregan— cuando las partes, por una nueva convención, modifican una convención anterior seriamente concluida; ni cuando la inexactitud de lo declarado obedece a error. Tampoco la hay cuando el fin lo alcanza, el que han querido, también por medio del acto privado.[89]

Veamos algunos ejemplos, los de más frecuente ocurrencia, de simulación. Primero: habiéndome cargado de deudas y ya que los bienes poseídos no alcanzan a pagarlas, resuelvo sustraerlos a las acciones de persecución de mis acreedores. Con ese fin, consigo de un amigo que acepte la deuda y figure como comprador (acto aparente, ostensible o público). Como no tengo la intención de desprenderme de la propiedad de esos bienes, al tiempo convengo con el amigo comprador aparente, en contrato o acto privado, en hacerlo constar así: que diga que él no es en realidad comprador y que se obliga a conservar los bienes y a devolvérmelos cuando la situación se aclare (acto oculto).

Segundo ejemplo: no es simulada la venta. Es real y verdadera la enajenación. Vendo por $5.000, pero para no pagar impuestos fiscales por todo este valor, hacemos figurar nada más que $3.000 en la escritura (si hago figurar menos de $2.500 me expongo a una acción de rescisión por lesión enorme).

---

[89] Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français,* tomo VI, No. 33, Librairie Générale de **Droit** et de Jurisprudence, París, 1926 (obra escrita con el concurso de Mr. Esmein).

Y por los $2.000 restantes otorgo privadamente un recibo o finiquito de pago a favor del comprador. O bien, siempre sobre un precio real de $5.000, y de que en la escritura figuren sólo $3.000, los $2.000 restantes los hago figurar en un pagaré a la orden mía con plazo —este pagaré generalmente es no causado o instrumento negociable—.

Tercer ejemplo: deseo hacer una donación de un inmueble a un amigo, pero no quiero que el público, los terceros, conozcan mi pensamiento liberal. Entonces hago una venta aparente, pero por una convención o actos secretos aparece que el comprador no tiene que pagarme el precio; más aún, para hacerlo mejor, le otorgo finiquito o recibo del precio. Se trata de una donación (acto secreto) disfrazado bajo la apariencia de una venta.

Dentro de la misma noción de simular o disimular se suelen obtener fines jurídicos por medios equivalentes, pero distintos de los normales, es decir, por medios distintos de aquellos que ordinariamente sirven para realizar el fin que uno se propone alcanzar. Así sucede cuando, por ejemplo, el que da a otro en préstamo una suma de dinero a interés para asegurarse mejor el reembolso (o de que si el prestatario deudor no paga, le tenga de antemano cogidos sus bienes), en vez de hacer constar en la forma normal el acto (como mutuo o como hipoteca), disfraza el mismo fenómeno bajo la forma de una venta con pacto de retroventa. Así, si el deudor no paga oportunamente (el plazo del mutuo viene a ser el mismo que se le concede para que retrocompre), el acreedor se queda con la propiedad con el solo transcurso del plazo y se habrá evitado el juicio de cobro con acción hipotecaria y el remate —pero aquí, a diferencia de los casos de verdadera simulación, no hay constancia del acto secreto—.

En el derecho francés hay un caso tipo que no ocurre ni cabe en nuestro derecho, pero es muy pertinente para mostrar con claridad el uso de estos medios que ante aquel derecho se llaman *détourné.* Allá se prohíbe al médico recibir una donación o legado de su enfermo en el caso de la última enfermedad, para evitar que se abuse de la natural y explicable influencia que ejerce el médico sobre su cliente; en cambio, se permiten las donaciones al cónyuge y a ciertos parientes. Pues bien, el médico que cuida a una enferma dispuesta a gratificarlo la hace, *in extremis*, su esposa, para escapar a la prohibición legal y se coloca

dentro de la ley en calidad de esposo, para poder recibir la donación o legado. El matrimonio viene a ser el medio *détourné.*

Entre la simulación y el uso de medios sustitutivos hay diferencias: en la primera no se quiere obtener el resultado que se aparenta, mientras que con el segundo medio sí se quiere el fin declarado. De ahí que la simulación requiera la ratificación por acto privado, mientras que cuando se usa el *détourné* no hay necesidad de ratificar, ni de contraletras o contraestipulaciones privadas.

Pues bien, ni la simulación ni el uso de medios jurídicos sustantivos son, en sí, ilícitos. En efecto, no hay razón para prohibir a las gentes el disimular por medio de actos jurídicos el verdadero fin que se proponen o lograr ese fin con medios sustitutivos mientras éstos no sean ilícitos, pues al no serlo —si además no se sale de la ley—, no está prohibido ocultar al público los negocios.

Y si el acto secreto reúne los elementos intrínsecos de validez de todo acto o contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos), ese acto es válido entre las partes contratantes. La validez del acto privado resulta de la disposición del artículo 1766 del Código Civil, conforme al cual "*las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en la escritura pública no producirán efectos contra terceros*".

Por escrituras privadas se entiende todo acto secreto que venga a descartar, a modificar o a alterar el acto aparente. De modo que si *contra terceros* no producen efecto, sí lo producen plenamente entre las partes. Es la misma disposición del artículo 1321 del Código Civil francés, cuyo texto es: "Las contraletras no pueden tener efecto alguno sino entre las partes contratantes; ellas no tienen absolutamente efecto contra tercero".

Si entre las partes produce efectos, es porque ese acto, el secreto, es válido. Y ellas pueden (las partes contratantes) invocar a una contra la otra, y hacerlo prevalecer sobre el acto público. Entre ellas, ese acto privado rige sus relaciones de negocio, de voluntad; en una palabra, constituyen la norma y el vínculo jurídico. No pueden, en cambio, oponerle a terceros, porque éstos tienen derecho a atenerse al acto aparente, como es obvio. Pero nótese bien que si el artículo 1766 del Código Civil dice que las escrituras privadas no producirán efecto "contra terceros", de modo que éstos tienen derecho a invocar el contrato o escritura privados si en ello tienen interés (el interés necesario

para toda acción) y si pueden probar la existencia de ese acto secreto, veremos que la prueba del acto secreto es distinta según que la acción de simulación la invoquen los terceros o las partes. De lo dicho se deduce:

- Que el acto secreto rige las relaciones entre las partes.
- Que el acto secreto es válido y produce los efectos jurídicos de todo acto o declaración de voluntad si él en sí no viola las normas de orden público y buenas costumbres, y si existe el consentimiento, la capacidad y el objeto y causa lícitos que exige todo contrato.
- Que no es oponible a terceros.
- Pero que los terceros pueden atenerse al acto oculto con preferencia al aparente si lo pueden demostrar y tienen un interés en ello protegido por la ley.

Apliquemos estas nociones a los ejemplos puestos. Tomemos el caso final del segundo ejemplo de simulación: el del pagaré por $2.000 que yo, vendedor, hice firmar a mi favor para asegurar el resto del precio verdadero. Supongamos que cobro judicialmente por la vía ejecutiva ese pagaré. Éste, en sí, es correcto. Tiene causa: recordemos que es un instrumento negociable; pero supongamos algo más: que como causa relate en su contexto el caso del ejemplo con todos sus detalles, es decir, que no fuera instrumento negociable y que el deudor (que es el comprador de la casa) pretendiera tacharle por vicio de fraude al fisco. Aquí cabe y es necesaria una advertencia; es lícito que en el tráfico de los negocios se busque —entre dos o más medios legales para realizar un acto jurídico— aquel que ocasione menos gravámenes. Si el impuesto fiscal es menos para el documento privado (estampillaje), no está mal que acuda a este medio menos costoso. No preoperaría esa defensa del deudor. El acto privado es válido y, con él, el cobro de la deuda de $2.000.

Tomemos ahora el tercer ejemplo, el de la donación disfrazada de venta. La simulación ahí no consiste en la enajenación, porque yo sí tuve la intención decidida de enajenar la propiedad de la casa a mi amigo, sólo que opté por conseguir ese resultado por un medio distinto: la venta. El resultado es inatacable:

la transferencia de propiedad. Ahí la simulación consiste en haber dado por pagado el acto oculto, un precio que no existía.

Supongamos que me arrepiento, pero no puedo desconocer ese otro contrato, el oculto, porque, según el artículo 1766, las contraescrituras privadas producen todos los efectos entre los contratantes, y no puedo decir yo, parte contratante, que siempre le cobro el precio, porque a él renuncié válidamente en el acto privado. Damos por sentado, eso sí, que yo podía, por ser capaz de donar y no haber inconveniente herencial, en donar esa cantidad. Ahora, dentro del mismo ejemplo, en la hipótesis del finiquito de pago, con esa determinación escrita en poder de mi amigo, éste tiene razón y prueba suficiente para no pagar, es decir, para que la determinación secreta se cumpla.

Tomemos ahora el primer ejemplo que, por ser el más complejo y también el de más frecuente ocurrencia, hemos dejado para el último examen: el de la venta ficticia, tan parecido al fraude pauliano de los romanos, aunque advertimos que son sustancialmente distintas la acción pauliana y la de simulación, porque el fenómeno jurídico que da lugar a la primera (la pauliana) es una enajenación verdadera, real y efectiva, que hago yo, deudor, para defraudar a mis acreedores, de forma que salgo o me desprendo de las cosas vendidas y percibo un precio, sea para conservar el dinero o invertirlo en acciones o valores muebles que por su naturaleza escapan a la persecución de mis acreedores; entre tanto, en el ejemplo de simulación que estudiamos, la venta que hago es ficticia y con mi amigo comprador he convenido privada, ocultamente, en que esto sea un simple testaferro, depositario o simple hombre de confianza que después, cuando se aclare mi situación o desaparezca el peligro, me lo devuelva a mí o a mis herederos. Además, el ejercicio de la acción pauliana requiere la prueba del fraude o perjuicio que el acreedor recibe, mientras que el ejercicio de la simulación no necesita esa prueba.

Pues bien: siguiendo con el ejemplo, conviene analizarlo desde dos aspectos: (1) por sus efectos entre los contratantes, o sea, entre el amigo y yo; y (2) por sus efectos contra y respecto de terceros.

En primer lugar, *entre los contratantes*: ya hemos dicho que si el acto jurídico secreto (escrituras privadas, según el artículo 1766) tiene objeto y causa lícitas, éste, como todo acto jurídico, es válido entre las partes. Esa convención

privada determina las relaciones entre quienes la celebraron, porque es la que consulta y retrata la realidad de los hechos. En cuanto a la forma, lo veremos a propósito del caso de donación disfrazada de venta.

Mi amigo testaferro (cómplice civil) estará obligado a devolverme la propiedad que aparentemente transferí cuando yo se lo exija al tenor del acto secreto; y si muero antes de exigírselo, lo podrán exigir mis herederos en mi nombre, provistos del acto secreto, cuya acción o derecho han heredado. Ellos son la parte misma. En eso nada hay indebido y, por lo tanto, mi amigo no podrá alegar válidamente contra mí la máxima: *nemo auditur propiam turpitudinem allega.*

Ahora supongamos una donación disimulada por medio de una venta, y que yo, donante (en el acto público, vendedor), muero; mis herederos habrán de respetar el acto privado, y aunque ellos no tengan la misma voluntad liberal que yo tuve, siempre los obliga el acto secreto, a menos que el donatario o comprador simulado sean incapaces jurídicamente para recibir o para comprar, o que yo lo hubiera sido para donar o vender, o bien, finalmente, que siendo uno y otro capaces, la cuantía de mi donación menoscabe su legítima. Entonces ya por incapacidad, ya por el menoscabo de la legítima, el acto sería atacable por vicio intrínseco, como cualquier contrato, o por violación de una norma que rige las herencias.

Más aún, siendo la donación (la real del acto secreto) mayor de $2.000 y no insinuada, demostrada la donación, la falta de insinuación puede hacerla anular o rescindir; pero fijémonos en que entonces el acto secreto cae no porque en sí sea nulo, sino por falta de insinuación. (Esta última solución no está bien aceptada por la doctrina, a cuyo modo de ver el acto secreto le toma prestado al acto aparente, su forma o vestido, pero los autores dicen que por parte este aspecto hay que ir con prudencia y creemos que entonces el acto está afecto a una falta de formalidad protectora de un interés privado como es la insinuación, que bien pueden invocar los herederos en contra del donatario o que si no la invocan oportunamente, el beneficio de la nulidad prescribe en su contra la acción en cuatro años).

Otro ejemplo en la hipótesis de relaciones entre partes: si por medio de un acto ostensible figuro como que le presté a un amigo juez una suma de

dinero (por ejemplo, $5), pero al tiempo firmamos un acto en privado en que el amigo juez se compromete a fallar un negocio de que conoce (incluso supongamos que en ese litigio yo no soy parte conforme a la ley), se comprende que ese acto secreto es en sí nulo por falta de causa lícita, y aún de causa, porque el juez estaba de por sí obligado a fallar conforme al derecho. Por lo tanto, ese juez carecería de acción para cobrarme los $5, y si me los cobra, le opongo válidamente la excepción de nulidad por falta de causa o de causa lícita, e invocaría la máxima *nemo auditur propiam turpitudinem allega.*

En segundo lugar, *contra terceros.* Es natural que el acto secreto sólo exista para el que tenga conocimiento de tal acto. De ahí se deduce que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto. En otras palabras, la simulación no afecta a terceros de buena fe, quienes desde luego se han fiado del acto aparente o público. La ley y la doctrina protegen a los terceros que sin negligencia se han confiado de la apariencia, única que podría guiarlos, que podría ser norma de sus determinaciones. El artículo 1766 es claro: "Las escrituras privadas, hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros".

No obstante, es muy importante anotar que el acto secreto no pueda ser opuesto a terceros; pero de ahí no se sigue que los terceros no puedan invocar su existencia cuando tengan interés en invocarla (interés, acción que proteja el derecho). Con ese interés pueden hacer prevalecer la verdad del acto real (que es el secreto), para que éste produzca sus propios efectos, y que estos efectos prevalezcan sobre los del acto aparente.

En el ejemplo de la venta ficticia, hemos supuesto que yo me decidí a hacerla para sustraer el inmueble a la persecución de mis acreedores. Es evidente el interés, protegido por la ley, que tienen esos terceros en demostrar que existe al lado de la aparente (de la enajenación) un acto secreto a cuyo tenor el inmueble no ha salido del patrimonio mío, sino que está confiado apenas a mi amigo y que éste ha de devolvérmelo, y es evidente el interés que ellos tienen para invocar la realidad de este pacto secreto. Esa es la acción de simulación a favor de terceros. Como se ve, no se trata de que pidan la *nulidad* del acto aparente, sino de que soliciten que prevalezca sobre éste la realidad del acto privado.

En este empeño puede resultar un conflicto de terceros. Supongamos que al lado del interés de mis acreedores hay también acreedores de mi comprador interesados en que mi inmueble les sirva para que mi amigo les pague las deudas. Entonces, sobre el interés de mis acreedores en que prevalezca el acto secreto, prima el de los acreedores de mi comprador, que se atienen al acto aparente. Esto porque el espíritu del artículo 1766 es el de seguridad para los que confían en el acto público y abierto.

¿Quiénes son los terceros en el caso de la simulación? Para responder, es preciso distinguir según que se trate del derecho que va a hacer prevalecer: el acto secreto sobre o contra el acto aparente o las personas a quienes la declaración de prevalencia (o sea, de simulación) no puede perjudicarlas. En otros términos, ¿quién tiene acción de simulación y a quiénes no perjudica?

Primero, *¿quién tiene la acción?* Ya hemos insistido en que el contrato simulado es en sí lícito y válido entre las partes, aunque, como todo contrato, puede adolecer de nulidades. Pues bien: las partes contratantes, sus causahabientes a título universal o herederos y, en general, toda persona que tenga un interés protegido por la ley en que prime el acto secreto sobre el público, como son los acreedores de los contratantes, todos ellos tienen la acción de simulación: que se reconozca y declare que el bien no ha sido realmente enajenado y que, por lo tanto, permanece aún en el patrimonio del contratante deudor, que prime la verdad real sobre la expresión sólo aparente declarada.

Pero en uno de los supuestos que hicimos, en el de la donación disfrazada de venta, si con ella se menoscaba la herencia de un legitimario (ahí sí hay fraude que afecta a herederos), éste, frente a los demás herederos, es tercero, y puede desconocer y atacar el acto simulado de su causante que le perjudica y va contra la ley.

Segundo, *¿a quiénes perjudica la declaración de simulación?* A los que de buena fe hayan adquirido el bien, derecho o cosa de la persona que en el negocio ostensible aparecía como titular del bien, derecho o cosa. Estos adquirientes de buena fe han de ser protegidos; ellos adquirieron del titular aparente y tienen derecho a invocar en su favor esa apariencia a que se atuvieron normalmente en el tráfico social de los socios. El artículo 1766 del Código Civil lo dice expresamente: *"lo pactado en la contra escritura no da acción contra terceros*".

En esto se diferencia la acción de simulación de la nulidad. Esta última da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, según el artículo 1748 del Código Civil, sean éstos de buena o mala fe, en virtud de la fórmula *nemo transferre potest*… La simulación pronunciada no da acción contra terceros poseedores de buena fe. Decimos de buena fe, porque si los terceros conocieron la simulación o acto oculto, ya éste deja de ser oculto para ellos: es tan conocido como el acto aparente.

Prueba de la simulación. Antes de ser derogado por el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 decía:

> Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto a adiciones o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos. Para el cómputo de la referida suma de quinientos pesos no se incluirá el valor de los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida.

Del segundo inciso de este aparte se deducía que si el acto público había sido escrito (y debió serlo por pasar de quinientos pesos), las partes y sus sucesores a título universal sólo podían probar el acto secreto con prueba escrita o con confesión. No sucedía lo mismo con los terceros interesados en demostrar que había un acto privado prevalente, pues para estos terceros el acto oculto existía como hecho y no como convención que, por su índole privada, no dejó rastros; además, se consideraba que estos extraños no estaban en capacidad de hacerse a pruebas escritas que lo en demostraran, lo cual hacía que ellos lo pudieran probar por todos los medios: testigos, indicios, etc.

Esta interpretación sigue, sin embargo, vigente para los actos cuya prueba deba hacerse por escrito, según mandamiento expreso de la ley. Para los demás se les otorgó a las partes la posibilidad de acudir a cualquier otro

medio probatorio. Por otro lado, en cuanto a la producción de la prueba escrita del acto por parte de terceros interesados, el artículo 279 es aún más laxo que el artículo 91 de la Ley 153 de 1887: "Los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros". Y agrega este artículo "Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscrito ante dos testigos".

Volviendo a los contratantes mismos, repetimos que si ellos pretenden descartar entre sí el acto aparente por medio del acto privado, han de demostrárselo con este acto mismo, con un principio de prueba por escrito o con concesión, siempre en el supuesto de que el aparente consta por escrito. Para la simulación, ello se deduce de las reglas de razón que hemos expuesto, traducidas por el legislador en el texto del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 y del artículo 279 del Código de Procedimiento Civil. Y, en general, para toda acción entre los otorgantes de instrumentos públicos o privados —porque en cuanto a su contenido, las declaraciones que hagan las partes hacen plena fe contra ellas según decía el artículo 1759 y envuelven confesión de parte según ahora derogado artículo 1761 del Código Civil, reglas hoy previstas por los artículos 194 y 210 del Código de Procedimiento Civil— es natural que esa plena fe se mantenga mientras no se destruya con contrapruebas de igual naturaleza y efecto o categoría.

¿En qué casos la ley exige prueba escrita, o un principio de ella, cuando descarta el testimonio como medio de prueba? Sus restricciones, las excepciones para los casos de imposibilidad de procurársela por escrito, etc. son cuestiones que se estudian en el curso de derecho probatorio. Nos limitamos a mencionarlas en cuanto tienen aplicación a casos de simulación. Conviene aclarar las anteriores consideraciones sobre las personas que pueden ejercitar la acción de simulación, en especial precisar cuándo los herederos son terceros, cuestión importante por lo que respecta a los medios de prueba que en uno y otro caso se pueden ejercitar.

En primer lugar, veamos la hipótesis de demostración de una simulación entre los mismos contratantes, caso que necesita dos distinciones:

- El contrato ostensible, que no es solemne, es decir, no se exige por escrito, como una promesa de contrato, ni rodeado de ciertas formalidades, como la compraventa de bienes raíces; no es un contrato *ad substantiam-actus.* En esta hipótesis siquiera los otorgantes mismos tienen restricción de pruebas para demostrar el acto oculto; mucho menos sufren restricciones los terceros en cuanto a la prueba, pues para ellos siempre, en todas las hipótesis, el contrato ostensible es un simple hecho.
- Cuando el contrato ostensible se ha hecho pasar por escrito, sea porque la ley requiere esa formalidad o porque la voluntad de las partes lo ha querido hacer solemne, para que prevalezca sobre el aparente —según se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del Código Civil, y del segundo aparte del artículo 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial— es necesario hacer la demostración del contrato oculto mediante la prueba escrita de la voluntad oculta o por un principio de prueba por escrito complementada en ese caso por testigos, presunciones y, en general, por indicios o por la confesión del simulante, pues al tenor de los referidos artículos las declaraciones que en el acto ostensible hayan hecho las partes hacen plena fe contra ellas, plena fe que es necesario destruir oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, tal como las que hemos enumerado.

Ampliemos un poco más estos conceptos y consideremos la posición de los herederos al simulante:

Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato simulado.

Los herederos del que celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción, puesto que ocupan el mismo lugar que aquél. También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible.

Para efecto de tener la acción y de poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros. El interés de distinguir entre la parte misma

y los terceros no existe, sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que pueden acudir unos y otros.

Cuando el acto ostensible no se celebró, así como éste mismo, los terceros pueden contraprobar para demostrar el acto oculto que altera el ostensible, por todos los medios de prueba: tal como lo hubiera podido hacer su causante, si viviera.

Sin embargo, cuando el acto ostensible consta por escrito, sus herederos, al ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejecutar, es decir, para ejercitar la acción heredada están obligados, como éste, a dar la prueba del acto oculto por escrito, por un principio de prueba por escrito o por la confesión de la otra parte. Entonces, el principio de prueba por escrito se puede complementar por testigos, indicios y todo medio probatorio.

Caso distinto es que los herederos quieran probar un fraude de sus derechos de la herencia o, mejor dicho, que el acto aparente se celebró en fraude de esos sus propios derechos de herencia, porque entonces ya no ejercitan la acción derivada de su causante, sino otra en nombre propio, tal como la de menoscabo de sus legítimas; entonces los herederos o el heredero vienen a ser "un tercero" respecto del causante y del otro contratante, quien defraudó su propio patrimonio heredado o que tenía derecho a heredar. De la misma forma, son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que merma la prenda común de todos los acreedores.

La prueba que pueden usar los herederos defraudados para demostrar la existencia del acto oculto ya no se limita solamente a las contraprueba escrita (la del pacto privado), ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada en este caso por todo otro medio probatorio; entonces pueden acudir también a la prueba inicial, y es lo más corriente, testigos, presunciones, etc.

En fin, basta considerar que para demostrar el acto oculto las reglas son las generales sobre pruebas ya mencionadas. La acción de simulación se parece a la pauliana, pero lo veremos al exponer la última, pues ella necesita otra condición para tenerla: que la venta o enajenación se haya hecho en

fraude de los acreedores, condición que no se necesita que coexista para la de simulación. Se puede simular sin empobrecerse, aún por capricho; además, no todo acto de simulación empobrece, tal como sucede con las cesiones a los bancos, para simular un mandato o para disimularlo. Y ahora otra diferencia sustancial: la acción pauliana parte de la base de una enajenación seria y efectiva, generalmente para que los acreedores no puedan saber del paradero del dinero o de valores o acciones muebles en que se cambia lo vendido, mientras en la simulación la venta no fue seria.

Completamos así este capítulo en el caso especial de simulación de precio que regula el artículo 1934 del Código Civil, que dice así: "Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores".

Esta disposición se ha entendido, según constante jurisprudencia, en el sentido de que la declaración contenida en una escritura pública, de haberse pagado el precio de la venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes al aplicar el artículo 1759 del Código Civil; pero al tenor del 1934. Sólo para dirigir la acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura.[90]

En un principio, nuestra jurisprudencia sostuvo de forma constantemente repetida, siguiendo la doctrina de la mayor parte de los autores nacionales, que la simulación es causa de nulidad. De las numerosas decisiones de nuestra Corte Suprema que podemos citar, nos parece que la que trata la cuestión por sus varios aspectos en forma completa es la sentencia de casación de 30 de abril de 1922, de la cual fue ponente el muy ilustre y distinguido jurista Tancredo Nannetti, en la que se observa que si es verdad que según el artículo 1500 del Código Civil son contratos solemnes los que están sujetos a ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil, eso no significa que esas formalidades sean el contrato, porque este es el acuerdo de voluntades sobre una o más prestaciones, acuerdo que en los contratos solem-

[90] CSJ, Cas. civ. de 29 de julio de 1921, GJ, XXIX, p. 11, 1ª.

nes debe estar revestido de las solemnidades que las leyes prescriben para su validez ante la ley civil.[91]

Ésta ha querido, por ejemplo, que en los contratos de compraventa de bienes raíces, el convenio en la cosa y en el precio, esto es, la obligación que contrae una de las partes de dar una cosa y la otra de pagarla en dinero, conste por escritura pública. Estas obligaciones consignadas en la escritura constituyen la esencia del contrato. La escritura es indispensable para que el contrato se perfeccione, esto es, para que surja a la vida civil, siempre, eso sí, que ella contenga los elementos esenciales del contrato de venta. Si falta uno de esos elementos, el contrato no existe, a pesar de la escritura.

No obstante la solemnidad del instrumento, el contrato puede anularse si las partes son incapaces, si el consentimiento adolece de vicio, si no recae sobre un objeto ilícito o si carece de causa real y lícita. Todas estas circunstancias, enumeradas en el artículo 1502 del Código Civil, refieren a la sustancia contrato, el acuerdo de voluntades consignadas en la escritura, y no puede decirse que esta solemnidad sea el contrato, sino que éste requiere para su existencia que conste por escritura pública.

> Ahora bien, si en el contrato de compraventa las partes declaran una farsa, porque no hubo precio, ni hubo intención de transferir el dominio de la cosa vendida, con el fin de perjudicar a un tercero, es claro que ese contrato carece de causa y de consentimiento, y es inválido por faltarle los elementos que lo constituyen y lo integran, esto es, nulo por simulación.
>
> La jurisprudencia de la Corte, que ha sostenido de modo constante la existencia de la causal de nulidad por simulación de los contratos de compraventa de bienes raíces, lejos de ir contra los principios, tiende a restablecer los fueros de la verdad y de la justicia en esa clase de transacciones, desde luego que no admite que la ficción, aunque esté revestida de solemnidades, debe prevalecer contra la realidad de las cosas, en perjuicio y fraude de terceros, siendo como es tan frecuente el caso de otorgamiento de escrituras llamadas de confianza, ya sea para defraudar a los acreedores, ya para evitar

[91] CSJ, Cas. civ. de 30 de abril de 1922, GJ, núm. 1542, tomo XXX.

> el pago de derechos fiscales en las futuras herencias, o para prevenir las consecuencias de un pleito.
>
> El tribunal, que niega que existe como causal de nulidad la simulación en el contrato de compraventa de bienes raíces, viola los artículos 1502 y 1523 y 1424, que expresan los componentes esenciales de los contratos; el artículo 740 del Código Civil, que señala los elementos de la tradición y el artículo 1740 que dice que es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie o calidad.[92]

Hay que reconocer que la tesis defendida por esta antigua doctrina de la Corte estaba notablemente inspirada, aunque se resiente, por este aspecto inútilmente moralista. En efecto, la simulación es una especie de fraude, pero no siempre lo implica; no siempre es ilícita. Y cuando lo es, los principios que hemos expuesto dentro de un terreno jurídico llenan o cumplen los mismos fines que persigue la tesis de la Corte: protección a terceros, respecto a la verdad, a la realidad de las cosas.

Si la simulación siempre fuera ilícita por el solo hecho de implicar un fingimiento, una mentira, habría que anular, con la tesis de la Corte, actos jurídicos que son medios equivalentes, sanos y aun plausibles, como cuando la donación se disfraza bajo la forma de venta por el solo motivo de querer ocultar el donante su intención liberal, y sin que nadie con ello se perjudique; o habría que anular actos jurídicos indiferentes ante la moral y que simplemente son medios equivalentes, como cuando una parte del precio no declarado en el acto aparente se remplaza con un pagaré a la orden extendido en papel competente y estampillado de acuerdo con la tarifa de timbre.

Además, y principalmente, la tesis de la Corte (la simulación es causa de nulidad) agrega a los modos de extinguirse las obligaciones que la ley reconoce (artículo 1625) uno nuevo, la simulación, cuando en realidad uno y otro fenómeno operan o deben operar como instrumentos jurídicos distintos y en ocasiones desemejantes. La simulación crea, construye y no destruye, cuando

[92] CSJ, Cas. civ. de 30 de abril de 1922, GJ núm. 1542, tomo XXX.

el acto secreto es en sí completo, porque reúne la plenitud de los elementos de todo acto, contrato o convención y su fin es lícito.

En el caso más grave, en aquel que la Corte siempre ha contemplado, la venta ficticia, para la doctrina moderna no hay necesidad de acudir al medio técnico de la nulidad del acto aparente, por falta de consentimiento o de causa. No. Los acreedores piden sencillamente lo que consulta la realidad de los hechos por los simulantes: que se reconozca que el bien no ha sido realmente enajenado y que éste permanece aún en el patrimonio del deudor, es decir, que le reconozca como verdadero el acto privado, que fue la expresión de la real voluntad de las partes.

A ellos, a los terceros interesados, se les permite probar o demostrar la realidad, el acto oculto, libremente, por todos los medios probatorios: testimonios, indicios, presunciones de hombre o, si es posible, por actos escritos; ellos fueron extraños al hecho y no pudieron reservarse la prueba escrita.

Y el fundamento legal es claro: lo dan los artículos 1766 y 2488 del Código Civil. Este último les da a los acreedores una prenda general sobre todos los bienes del deudor: estos bienes no son solamente los que permanecen abierta o públicamente como del deudor, sino los que apenas en apariencia han salido de su patrimonio. La acción de declaración de simulación es, en últimas, la prerrogativa accesoria de un derecho principal, la facultad de discutir la realidad de un acto opuesto al acreedor que por medio del embargo y del remate va a hacer efectivo su derecho de prenda general.

Finalmente, la lógica de la doctrina de la Corte se ha tenido que quebrar ante la realidad jurídica. En efecto, ya vimos que su doctrina y la que hemos expuesto coinciden en un punto en que los terceros que han adquirido de buena fe del comprador aparente no sufren los efectos de la declaración de simulación para nosotros, y de la nulidad, para la Corte. Pues bien, si lo que ocurre es esto último, una nulidad, entonces las consecuencias de ella debieran afectar fatalmente a terceros poseedores según el artículo 1748 del Código Civil, que así lo determina.

La Corte tuvo, sin embargo, que hacer una excepción o quiebre a la regla general de que la nulidad pronunciada si afecta a terceros y decir que, no obstante que la simulación produce nulidad, ella no afecta a terceros, porque invoca

como razón de ese quiebre de su doctrina la seguridad de las transacciones. No negamos el remedio, sino su falta de consecuencia jurídica, porque en caso de verdadera nulidad (que se produce por motivos distintos a la simulación), para la misma Corte, ella va contra terceros de buena fe, aunque no se consulte la seguridad de las transacciones. Para nosotros, el artículo 1766 da la solución legal en forma expresa: los efectos de una contraestipulación no perjudican a los terceros, pero obligan a las partes.

Por lo demás, la doctrina que hemos reseñado, además de surgir de la ley expresa, consulta la doctrina expuesta por todos los autores —aun del siglo pasado y mejor desarrollada por los modernos— y sirvió para permitir a la Corte cambiar su posición.[93] En efecto, en la actualidad, la jurisprudencia no confunde la simulación con la nulidad ni hace de esta última un medio técnico para restablecer la verdad de las cosas. La verdadera y real voluntad de las partes prevalece directamente por medio de la acción de simulación.[94]

[93] Véase Colin, Abroise y Capitant, Henri, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, Librerie Dalloz, Paris, 1934, pp. 100 y ss.; Beudant, Charles y Lagarde, Gaston, *Cour de droit François,* tomo VIII, No. 668, s. e., s. l., 1936, p. 485; Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français,* tomo VII, Librairie Générale de *Droit* et de Jurisprudence, París, 1926, núm. 333 y ss., y tomo XI, núm. 971 y ss; Josserand, Louis, *Les móviles dans les actes juridiques* du droit privé, Dalloz, Paris, 1928, pp. 192 y ss.

[94] CSJ, Cas. civ. de 27 de julio de 1935, GJ 1899, pp. 333 y ss.; CSJ, Cas. civ. de 29 de agosto de 1936; CSJ, Cas. civ. de 30 de septiembre de 1936; CSJ, Cas. civ. de 8 de junio de 1954, GJ, No. LXXVII, pp. 787 y 793; CSJ, Cas. civ. de 2 de septiembre de 2954, GJ, t. LXXVIII, No. 2146, p. 556; CSJ, Cas. civ. de 5 de octubre de 1954, GJ, t. LXXVIII, No. 2147, p. 845; CSJ, Cas. civ. de18 de diciembre de 1964, GJ No. CX, p. 193.

Lección XV. De las obligaciones civiles y de las meramente naturales

"De las obligaciones civiles y de las meramente naturales" es el título que usa el Código Civil, compuesto por los artículos 1527, 1528 y 1529; además, completan la materia los artículos 2314 y 2315, que pertenecen al capítulo "Del pago de lo no debido". En cambio, el Código Civil francés sólo le dedica a las obligaciones naturales el artículo 1235, por lo cual los autores y expositores han tenido que constituir toda la doctrina, con sólo la base que da este artículo 1235.

Entre nosotros, la doctrina ha sido profundamente expuesta por Fernando Vélez,[95] Álvaro Pérez Vives,[96] Ricardo Uribe Holguín[97] y el profesor Fernando Hinestrosa.[98]

La noción de *obligación natural* viene del derecho romano, donde fue un medio de ampliar el cuadro estrecho de las obligaciones civiles y de corregir el formalismo en nombre de la equidad: el esclavo *in dominica potestata,* el hijo de familia *in patria potestad* y los pupilos *in tutela,* quienes no podían obligarse válidamente, pero sus obligaciones sí valían ante el derecho natural, y de ahí que al cumplir la prestación hacían un verdadero pago. Tampoco los pactos obligaban válidamente por oposición a los contratos bien revestidos de forma, los cuales, al servir de *causa civil obligandi,* daban acción para exigir su cumplimiento; pero los pactos, cuando se cumplían en nombre del derecho natural, no permitían la repetición.

En lo posible, se suele precisar la noción de *obligación natural,* por oposición a otras dos nociones extremas: el *deber moral* y la *obligación civil*.

---

[95] Vélez, Fernando, *Estudio sobre derecho civil colombiano,* tomo VI, Imprenta del Departamento, Medellín, 1898, núm. 100 a 112.

[96] Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones: parte segunda*, vol. III, Temis, Bogotá, 1955, p. 12.

[97] Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y de los contratos en general*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 19 y ss.

[98] Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 92 y ss.

En su *Traité des obligations*, Robert Joseph Pothier la definía así: "Se llama obligación natural la que, en el fuero del honor y de la conciencia, obliga al que la ha contraído a la prestación de su contenido".[99] Por lo tanto, se encuentra situada entre el deber moral y la obligación civil.[100]

Los autores definen la obligación natural de distinta manera, según la aproximen más al deber moral que a la obligación civil. Por ejemplo, para Georges Ripert[101] es un deber moral elevado al rango de obligación jurídica; para Bonnecase y otros, las naturales son obligaciones civiles degeneradas, y para Fernando Vélez, "es una obligación civil imperfecta que puede servir válidamente a un pago".[102]

Nuestro Código la define, pero es expreso en el sentido de oponerla a la obligación civil (artículo 1527). Y es que las obligaciones, desde el punto de vista de su eficacia jurídica, son de dos especies: civiles y naturales. Las civiles dan derecho a exigir su cumplimiento.

En consecuencia, las obligaciones naturales no confieren derecho para exigir su cumplimiento pero, una vez cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (artículo 1527). Charles Beudant considera que para explicar qué es una obligación natural es insuficiente el tomarla como un deber de probidad, de honor, de delicadeza, es decir, ella es distinta al simple deber moral. Y dice:

> La obligación natural, debe, pues, separarse del simple deber moral por sus resultados. Éste puede ser la causa suficiente de una donación; aquella es una causa legítima de pago. […] La obligación natural supone una causa

[99] Véase Pothier, Robert Joseph, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Debure, Paris, 1771, No. 191.

[100] Esta fue la manera de la escuela clásica de definir las obligaciones naturales, cuyos representantes más destacados en Francia son Jean Domat, Robert Joseph Pothier y Charles Toullier. Una explicación más completa del pensamiento de esta escuela la hace Pérez Vives, *op. cit*., pp. 5 y ss.

[101] Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, No. 193. La idea de Ripert es seguida en Colombia por Pérez Vives, para quien las obligaciones naturales son "un deber de conciencia a cuyo cumplimiento el juez ha creído conveniente cederle efectos civiles", Pérez Vives, *op. cit*., p. 12.

[102] En este sentido, véase Hinestrosa, *op. cit*., p. 94.

> jurídica, implica que hay un deudor y un acreedor; su ejecución constituye un pago. En los simples deberes morales, no hay ni causa jurídica, ni acreedor, ni deudor; si ellos entrañan una prestación, ésta no puede ser sino una donación.[103]

Así como el que da una limosna cumple voluntariamente un simple deber moral —pues nada lo obliga a darla—, también convierte ése que él cree un deber moral en una causa jurídica de obligarse, mediante la liberalidad o beneficencia, que es causa suficiente, según el artículo 1524 del Código Civil para obligarse. No podría repetir lo donado. Entre la prestación cumplida o ejecutada en virtud de un simple deber moral y la ejecutada en cumplimiento de una obligación natural, hay una diferencia esencial. El que conscientemente, fuera de todo error, efectúa una prestación sin ser a ello obligado, hace una donación, como lo dice el artículo 2317 del Código Civil. Al contrario, el que efectúa una prestación en cumplimiento de una obligación natural, hace un verdadero pago, tan verdadero como si la obligación fuera civil. El que da limosna no paga: dona.

Ahora, entre la obligación civil y la natural hay algo común: un vínculo jurídico que da lugar a acción si es civil y que no da acción si es natural; además, una vez hecho el pago de la obligación natural, queda también hecho el pago de lo debido en virtud de una obligación civil.

La obligación natural sólo es susceptible de ejecución voluntaria; no lo es de ejecución forzada. De este modo, lo que caracteriza prácticamente a las obligaciones naturales es su efecto: ser susceptibles de pago, pero no de ejecución forzada a solicitud del acreedor. Por lo demás, su origen es el mismo del de las obligaciones civiles: nacen de las mismas fuentes (de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos, de los cuasidelitos y de la ley) y tienen también el mismo objeto de las obligaciones civiles: dar, hacer o no hacer.

En cambio, en el simple deber moral no hay vínculo jurídico existente. Por ejemplo, la ley lo obliga a uno a dar alimentos a ciertos parientes; fuera de

[103] Beudant, Charles, *Cours de droit civil francais*, t. VIII, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, núms. 425, 426, 6609 y ss.

éstos uno no está obligado a darlos a otros más lejanos. No existe con estos otros ningún vínculo jurídico: hay un simple deber moral con ellos. En cambio, el mayor que, cuando era menor, recibió de un tercero una suma de dinero a mutuo no está civilmente obligado a pagársela, porque la obligación está afectada de incapacidad por la minoría de edad cuando se contrajo: la obligación es natural, pero sí existe el vínculo existente del contrato de mutuo, que es una de las fuentes de las obligaciones.

El que recibe algo en cumplimiento de una obligación natural está autorizado por la ley para retener lo que ha recibido en razón de tal obligación natural (artículo 1527); pero para la validez de ese pago es necesario, según la parte final de ese artículo, que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

Así, tomando como ejemplo el que ya se puso del mutuo celebrado por un menor sin la asistencia del curador o del padre en su caso, para que sea válido el pago de la suma que debe con obligación natural, es necesario que lo haga cuando ya sea mayor de edad y tenga la libre administración de sus bienes, pues si paga antes de serlo, ese pago estaría afectado de la misma incapacidad que afectaba la obligación que contrajo. Solamente cuando sea plenamente capaz puede juzgar que, pese a no haber acción civil contra él, sí está naturalmente obligado a devolver lo recibido cuando aún era menor. Si paga, habrá satisfecho una obligación natural, y aquel a quien le paga, el mutante, quedará tranquilo sabiendo que no hay lugar a repetir contra él lo pagado.

En corroboración, el artículo 2314 dice: "no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural, de las enumeradas en el artículo 1527". Y, al contrario, si el que paga no estaba naturalmente obligado podrá, es claro, volver a cobrar, es decir, repetir lo que pagó. Este enunciado tiene su desarrollo en la teoría del enriquecimiento sin causa, de la cual trataremos en el capítulo siguiente.

No obstante, el artículo 2315 del Código Civil es susceptible de más fácil comprensión si se explica con motivo del cuasicontrato de pago de lo no debido. Desde ahora debe relacionarse con la materia de las obligaciones naturales. Dice así: "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". Cuando se paga algo que se debe civilmente (obligación perfecta), no se puede repetir lo pagado; cuando se paga para cumplir una obligación puramente natural, a conciencia de ello y con capacidad para pagar, tampoco se puede repetir lo pagado (artículo 2314).

Por lo general, el pago o cumplimiento de una obligación obedece a una obligación bien contraída, pero algunas veces, a error de hecho. Entonces, probando que no lo debía, el que pagó tiene derecho a repetir lo pagado. Lo mismo sucede cuando se hace un pago en virtud de un error de derecho: probado el error de derecho, el que pagó puede exigir la devolución de lo pagado. Pero si el pago tuvo por fundamento alguna obligación natural, entonces no hay lugar a repetición, eso que es lo que el artículo 2315 dispone (está de acuerdo con lo dicho sobre las obligaciones naturales, a propósito de los artículos 1527 y ss. y 2314 del Código Civil).

Para abreviar lo relativo al artículo 2315, nos limitamos a citar la doctrina de la Corte, según la cual se estimó que la liquidación de un crédito entre particulares, hecho de conformidad a la Ley 65 de 1916 (sobre plata antigua), adolecía de error de derecho, porque las partes quisieron tomar el tipo de cambio que en esa ley se estableció para particulares y liquidaron el cambio al tipo fijado para la conversión oficial. En esa sentencia se dice:

> El solo error sobre un punto de derecho, si bien no vicia el consentimiento (artículo 1509), tampoco es obstáculo para que se pueda repetir lo pagado por error de esa clase, cuando el pago tiene por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural.
>
> Lejos de ser ajena del error, la repetición de lo indebidamente pagado, es justamente el error y cosa esencial para que el pago de lo no debido (cuasicontrato) sea un hecho generador de obligaciones.
>
> De suyo el error de derecho no hace perder a nadie sus bienes.
>
> Iría ello contra la equidad. No es posible reconocer mejor condición al que recibe lo que no se le debe que al que paga lo que no debe. Tal reconocimiento valdría por un despojo.[104]

[104] CSJ, Cas. civil, 29 de septiembre de 1931, GJ 1905 y 1906, pp. 138 y 139.

Volviendo al artículo 1527, nos basta decir que los ejemplos que él trae son de suyo muy claros; pero agregamos que el cuarto caso que pone debe entenderse con esta explicación: no toda sentencia absolutoria por falta de pruebas envuelve para el absuelto los cargos de la demanda una obligación natural, pues muchas demandas o acciones se ejercitan temerariamente y no hay lugar a que el juez así lo declare por falta de pruebas; ese ejemplo quiere decir, como muy bien lo anota Fernando Vélez, que si una persona es absuelta por falta de pruebas en el juicio y luego paga, debe tener como cumplida una obligación natural.

El artículo 1528 dice que la sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado no extingue la obligación natural. Eso es claro. La acción se propone en la demanda como civil. La absolución o rechazo que de ella hace el juez se refiere a la acción civil, no a la natural.

Por otro lado, las fianzas, las hipotecas, las prendas y las cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de una obligación natural, valdrán (artículo 1529), esto es, la regla general de que lo accesorio sigue a lo principal y que si lo principal no vale, tampoco valdría lo accesorio (véanse los artículos 1395 y 2400). Sin embargo, si un tercero ocasiona una obligación natural o que luego es tenida por tal, como este tercero es capaz de obligarse civilmente, la caución u obligación que contrae sí vale, aunque no pueda ejercitar las acciones del artículo 2395 contra el deudor principal.

Finalmente, la Corte no se ha mostrado partidaria de dejar al juez, por vía extensiva, el descubrir casos de obligaciones naturales distintos a aquellos previstos en la ley. En efecto, de acuerdo con esta doctrina:

> No es posible aceptar conforme al código que los jueces pueden interpretar como obligaciones naturales casos no comprendidos en la ley, bien sea porque ésta así las denomine expresamente, o porque les atribuya los efectos propios de las obligaciones naturales, sin darles este nombre.[105]

[105] CSJ, Cas. civ. de 25 agosto 1966, GJ No. CXVII, p. 215.

Lección XVI. Del enriquecimiento sin causa

Aunque a lo largo del Código Civil se encuentran aplicaciones a casos especiales del principio según el cual nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro, luego de una lenta construcción jurisprudencial, el artículo 831 del Código de Comercio lo consagró como regla institucional.

Hoy es un precepto de moral-social de contornos jurídicos hasta el punto de haberse instituido como una nueva fuente extracontractual de obligaciones, para no llegar con esa teoría más allá del fin social que se propone. La acción que sanciona el enriquecimiento sin causa se denomina de *in rem versu*; pero este no es el nombre que los romanos daban a la acción por medio de la cual sancionaban en general el enriquecimiento sin causa, que era la *condictio indebiti.*

Los romanos llamaban acción de *in rem verso* (o de peculio) a la acción dada contra el dueño de un esclavo a favor de aquel que había pactado con este esclavo, provisto de un peculio por su dueño, para que hiciera el comercio, o contra un *pater familias*, que había entregado un peculio a un *alieni juris.* Tal acción se otorgaba hasta el límite del peculio del esclavo o hasta la concurrencia del enriquecimiento que el dueño del esclavo o el *pater familias* había sacado del contrato, es decir, *versus in rem.*

Los romanos también crearon otras acciones personales (*condictio*) que permitían a la víctima de un enriquecimiento injusto, realizado por otro en su perjuicio, reclamar una reparación por dicho perjuicio. Esas acciones, además de la *condictio indebiti*, eran la *condictio causa data causa non secuta* (presentación hecha en atención a una causa futura que no se verificaba), la *condictio ob turpem vel onjustam causam* (enriquecimiento por ilicitud o delito), etc. La regla más directa se anunciaba así: "*iure naturae enim aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*", es decir, conforme a la equidad natural que nadie puede llegar a enriquecerse con injuria y detrimento del otro (*cum alterius detrimento et injuria*).

En el derecho español clásico, a ese fenómeno jurídico se le denominó *enriquecimiento torticero.* En las *Siete partidas*, regla XVII, título 34, partida

séptima, se dice, traduciéndolo del Digesto: "*E aun dixeron que ninguno non debe enriquecer torticeramente con danno de otro*". En realidad, ese principio informa a los códigos de todos los países y, desde luego, al nuestro. Con frecuencia, al interceptársele se le cita.

Todas las disposiciones que ordenan a cada uno cumplir sus obligaciones patrimoniales obedecen a éste. La de tradición también lo atiende. Las consecuencias de la nulidad del acto de un incapaz no permiten la restitución de lo que éste recibió, sino en cuanto se pruebe haberse hecho más rico del deudor, y por éste sólo en ciertos casos se puede repetir cuando el pago le haya sido útil.

La doctrina ha ido fijándole límites a la acción para que, entendida ésta (la de *in rem versu* como regla general), no exceda los justos límites ni la realidad social. En efecto, no por haber ganancia, o aprovechamiento social, se puede pedir restitución, puesto que este incentivo es el del negocio diario; en otras palabras, la acción *in rem verso* no significa que a alguien le está prohibido enriquecerse gracias a los gastos y servicios de otro. Al respecto dicen Abroise Colin y Henri Capitant:

> Supongamos, en primer lugar, que a causa de las obras realizadas en su fundo, mi vecino ha aumentado el valor del mío, o, también, que, en virtud de obras destinadas a defenderlo de las inundaciones he proporcionado igualmente la misma seguridad a una heredad inferior que no me pertenece. El autor de las obras no podrá evidentemente reclamarme una indemnización a causa de mi enriquecimiento. No debe, en equidad, originar una obligación de rembolsar si no en perjuicio de otro, *cum alterius detrimento,* es decir, si no supone un empobrecimiento correlativo en otro. En este caso no ocurre tal cosa. Porque yo me haya aprovechado de las obras del vecino, éste no sería ni más ni menos rico.
>
> Supongamos, en segundo lugar, que soy arrendatario de un terreno por un período de veinte años y he levantado en él edificaciones en mi interés personal para facilitar el ejercicio de mi derecho de disfrute. Al fin del arrendamiento, esas edificaciones pertenecerán al propietario si no he estipulado en el contrato, que se me indemnizaría su valor, el arrendador no estará

> obligado a reembolsarme el aumento de valor que las obras hayan dado al fundo. La razón de ello es que, en este caso del enriquecimiento no se ha verificado injuria, y no es sin causa. Es la consecuencia del contrato de arrendamiento celebrado entre el arrendador y yo.[106]

Con regularidad, la jurisprudencia colombiana se inspiró en ese principio. Para citar la doctrina de septiembre de 1936, léanse los siguientes pasos de un fallo:

> En rigor de la verdad, en la faz con que hoy presenta sus pretensiones al actor, se haya la acción de *in rem versu,* encaminada a impedir la consumación de un enriquecimiento sin causa pues su principal argumento está en que el recibo de los pagos mencionados constituye un enriquecimiento de esa calidad. A prevenirlo o corregirlo se ha encaminado la jurisprudencia de todos los tiempos con preocupación justísimo y creciente, de suerte que en la actual es mucho mayor la amplitud de las acciones o recursos de esta clase que la que hubo entre los romanos, por ejemplo, sin desconocer cómo ellos establecieron los varios sistemas de que son muestra la excepción y también acción de dolo, la condictio, en sus múltiples conceptos, etc.
>
> La acción de *in rem versu* no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción; más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí, pueden no producirse ya porque haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiere acciones distintas, que naturalmente excluyen esa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede, v. gr. con la prescripción de repetir lo dado por causa ilícita o en relaciones como la de que es ejemplo la del artículo 1994 del Código Civil. Al hablarse de ese enriquecimiento se agrega "sin causa" lo que claramente indica cómo no pueden englobarse

[106] Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Cours élémentaire de droit civil français,* 4e éd, Librerie Dalloz, Paris, 1934, pp. 1924 y ss.

> dentro de los casos de él, aquellos en que sí es causado, como por ejemplo, los de prestaciones nacidas de contratos, a que ya se aludió.[107]

Son condiciones requeridas por la acción de *in rem verso*:[108]

Primera. Es preciso que haya un empobrecimiento de una persona y un enriquecimiento de otra. Se entiende por enriquecimiento toda ventaja positiva o negativa apreciable en dinero que se haya obtenido: una suma de dinero, una cosa, un crédito, la extinción de una deuda, el goce temporal de un bien, el servicio prestado a otro, el provecho obtenido de la enseñanza, inclusive los servicios domésticos prestados por una concubina. También se entiende con amplitud la noción de empobrecimiento: haberse privado de bienes, de su posesión o de su goce, del suministro de servicios, etc.

Segunda. Además de que debe existir enriquecimiento de una persona y empobrecimiento de la otra, es preciso que el último sea correlativo del primero, es decir, que el uno se puede relacionar con el otro, cuestión ésta difícil de apreciar como regla sujeta a enunciación precisa, que debe dejarse más bien a la razonada apreciación del juez; pero que se debe entender con cierta amplitud, pues aquello que constituye el enriquecimiento puede no haber pasado de un patrimonio a otro, y sí a través de intermediarios, lo que no impide la necesidad de que exista aquella correlación. Los expositores explican:

> El desplazamiento de valores patrimoniales que determina el enriquecimiento injusto puede ocurrir de diversas maneras. Lo normal es que medie un *acto de disposición* directo o indirecto, a favor de la persona que se lucra. Mas puede realizarse también por medio de un acto de la persona favorecida […] o por virtud de un acto de sucesos que no provengan de ninguna de las dos partes.[109]

---

[107] Sentencia del 19 de septiembre de 1936, Ignacio Guillén contra Tobón & Cía., no publicada.
[108] CSJ, Cas. civ. Del 14 de abril de 1937.
[109] Von Thur, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, Reus, Madrid, 1934, p. 301.

Tercera. El enriquecimiento debe ser sin causa. Ya sabemos lo que es la causa de una obligación. El enriquecimiento tiene causa cuando la prestación, cosa o servicio entregado proviene de contrato, de la ley o de una obligación natural. Así, supongamos a un albañil o maestro, quien por contrato con el arrendatario de una casa la mejora; pero el arrendatario no ha convenido en el contrato con su arrendador en que las mejoras que haga sean con la expresa condición de que el arrendador se las pague, es decir, la hipótesis del artículo 1994 de nuestro Código Civil. Si el arrendatario no le paga al maestro albañil el trabajo invertido en las mejoras, éste no tiene acción de *in rem versu* contra el arrendador, porque éste tiene causa en aprovecharse de ella dentro del contrato con el arrendatario.

Así, por ejemplo, cuando un contrato (acto de disposición) consiste en la transferencia de un bien, el enriquecimiento tiene lugar cuando se haya realizado la tradición. Si en este caso el contrato se encuentra viciado de nulidad, la tradición vale, dada su especial naturaleza y la protección de la buena fe del adquirente, pero la carencia en ella de un título engendra un acto de enriquecimiento sin causa, que dará lugar a la acción *in rem versu*. En Alemania:

> La ley distingue tres casos de injustos enriquecimiento por acto de disposición:
>
> a. Las entregas acerca de cuya causa no se han puesto de acuerdo las partes.
> b. Las entregas hechas causa solvendi, cuando no exista el crédito que se trataba de saldar [que entre nosotros corresponde al pago de lo no debido].
> c. Las entregas verificadas en virtud de una causa jurídica que no ha llegado a realizarse.
> d. Las entregas cuya causa jurídica ha desaparecido.[110]

[110] *Ibid*, p. 302.

Cuarta. La acción de *in rem verso* presenta un carácter subsidiario. No puede intentarse cuando el perjudicado o lesionado tiene a su disposición una vía o acción directa para lograr que se repare su lesión o perjuicio; por ejemplo, una proveniente de la reparación a que da lugar el delito o el cuasidelito o cuando ha dejado que la acción directa prescriba. En efecto, el acreedor ha dejado prescribir su crédito; ya no puede intentar la acción de *in rem versu* contra su deudor con el pretexto de que por la prescripción, éste resulta enriquecido a sus expensas. Tampoco puede intentarla bajo pretexto de que no tenga la prueba por escrito que la ley exige, pues ese sería el modo de trastornar la ley burlando los requisitos de la prueba y del modo de reclamar un derecho en juicio por las vías exigidas por la ley como pruebas de los hechos y de las obligaciones. Este requisito de que la acción *in rem versu* presenta un carácter subsidiario es negado por algunos autores como Colin y Capitant, pero hoy lo admite la jurisprudencia.

Quinta. Finalmente, y a diferencia de la acción del *negotiorum gestor,* la acción *in rem versu* exige como condición que el enriquecimiento exista aun en el momento de ejercitarla, y no puede pasar la condena del mínimo de enriquecimiento en relación con el mínimo de empobrecimiento: se reduce al más pequeño de esos valores y los intereses corren desde el día en que se consumó el enriquecimiento.

Lección XVII. Modalidades de las obligaciones

Los efectos normales de una obligación (pura y simple) pueden modificarse accidentalmente por varias modalidades. Casi no hay obligación que no las tenga. En derecho, se entiende por obligación *pura y simple* aquella a la cual no afectan ni una condición, ni un plazo, ni otra de las modalidades de que son susceptibles las obligaciones. La obligación pura y simple es de inmediato y ejecutivo cumplimiento.[111]

Las modalidades son: (i) por razón de la exigibilidad, el plazo o término; (ii) por razón del nacimiento o de su extinción, la condición; (iii) por razón de la pluralidad de objetos, alternativas, facultativas y de género, y (iv) por razón de la pluralidad de deudores o de acreedores, las obligaciones son divisibles, indivisibles y solidarias. En esta lección se explican las dos primeras.

En primer lugar, *modalidad de plazo*. El plazo no afecta la existencia de la obligación, solamente su exigibilidad. Al tenor del artículo 1551 del Código Civil, es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, "para el cumplimiento", es decir, para empezar a cumplir, o para dejar de pagarla (dar, hacer o no hacer). Con más claridad, el plazo o término es un acontecimiento futuro que se realizará, del cual depende la exigibilidad o la extensión de una obligación. Este plazo puede ser:

- *Suspensivo,* si suspende su exigibilidad: "pagaré tal día". No es exigible antes.
- *Extintivo*, si es la extinción de la obligación a lo que el plazo se refiere: la muerte, para el pago de la renta vitalicia, o para las cuotas del seguro ordinario de vida.
- *Cierto,* cuando se sabe el momento de llegar: tal fecha.
- *Incierto*, llegará; pero no se puede prever el momento: la muerte de una persona.
- *Expreso,* cuando se estipula por las partes o la ley.

[111] Véase CSJ, Cas. civ., 14 de diciembre de 1904, GJ XVII, p. 196.

- *Tácito,* el indispensable para cumplirlo.
- *De gracia*, cuando el juez lo concede al deudor en consideración a la situación de éste y para permitirle pagar más fácilmente, o el legislador por vía general, en leyes de emergencia, en atención a situaciones económicas generales.

Nuestro Código sólo le permite al juez, en casos especiales que las leyes designan (como en los de los artículos 468 o 961), señalar plazos para el cumplimiento de una obligación. Entonces, únicamente puede interpretar el concedido en términos oscuros o vagos sobre cuya inteligencia o aplicación discuerden las partes (artículo 1551). Así, el legislador ha concedido términos de gracia, mediante leyes procedimentales, que aplazan o ponen condiciones para el remate de los bienes de los deudores, como la Ley 46 de 1933; entre tanto, el Poder Ejecutivo, en uso de autorizaciones especiales, lo hace en el Decreto 282 de 1932.[112]

Hemos dicho que el plazo no afecta la existencia de la obligación; solamente su exigibilidad. De esta consideración de fondo se desprenden estas consecuencias:

- Que lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución (artículo 1552), porque aun cuando el término no se haya cumplido, la obligación sí existía y si el deudor paga, no cabe la repetición por indebido.
- Que el acreedor que recibe el pago no está obligado a hacer ningún descuento.
- Que como el plazo es garantía para el deudor, el acreedor no puede exigir antes el pago (artículos 1553), a no ser que el deudor sea constituido en quiebra, se halle en notoria insolvencia o que por culpa o hecho del deudor disminuyan considerablemente las cauciones o se hayan

[112] Similares a las moratorias concedidas en Francia después de la guerra de 1914 y a la Ley de 29 de junio de 1935.

extinguido; pero entonces el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones (artículo 1553).

- Que, según el artículo 1554, "el deudor pued[a] renunciar al plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar".

"En el contrato de mutuo a interés se observará lo dispuesto en el artículo 2229". Cuando la modalidad que afecta la obligación es un plazo, su exigibilidad sólo está retardada, pero el derecho ha nacido con el contrato de manera cierta y definitiva. Cuando la modalidad es de condición, el derecho, en cambio, no nace de manera cierta con el contrato: si la condición no se realiza, el derecho no viene a tener existencia.

En segundo lugar, la *modalidad de condición*. Se suele emplear este término en varias acepciones: en el de "condiciones de validez de los contratos y obligaciones", donde se toma por "elementos", de requisitos, o en el de "condición de un legado" o de una "donación", y en ese caso significa cargas, gravámenes con las cuales se transmite la obligación gratuita, como de pagar el beneficio con el legado o la donación, un dinero a un tercero. De esas acepciones no tratamos aquí. Nos vamos a ocupar aquí de la acepción de la palabra *condición* como "*acontecimiento futuro que puede suceder o no*", según la define el artículo 1530 del Código Civil. Esta acepción le da también al artículo 1128, "un suceso futuro e incierto". Si una obligación está afectada por una modalidad de esa naturaleza, tal obligación será condicional. La doctrina considera que la condición es un acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender el nacimiento o la extinción de un derecho u obligación.

Se asemeja al plazo en que también en éste el acontecimiento es futuro, pero se diferencia en que para la condición el acontecimiento es incierto: puede suceder o no; un día futuro del calendario siempre ha de llegar, es un plazo. En cambio, el incendio de una casa puede suceder o no; es condición. De esa diferencia entre el plazo y la condición resultan consecuencias fundamentales: en el plazo, el derecho nace desde el día del contrato en forma cierta y definitiva, y sólo su exigibilidad está retardada; en la condición, el derecho no nace desde

el día del contrato en forma cierta, pues si el acontecimiento en que la condición consiste no se llegare a consumar, el derecho o la obligación no habrán nacido; tal como la obligación del asegurador por incendio, que es condicional, subordinada a que haya incendio, y sólo entonces, si lo hay, habrá nacido el momento de cumplir su obligación consistente en cubrir el riesgo.

Consecuencia de lo dicho es también que si el plazo no afecta la existencia, sino apenas la exigibilidad de la obligación, lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución, porque se debía, según el artículo 1552. Entre tanto, afectando como afecta la condición el nacimiento de la obligación, al ser suspensiva, todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse ella podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido, y de ahí también se deduce que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente (artículo 1542), lo cual se expresa en el adagio romano: "*Pendentem conditionem non dum debetur*". Nuestro Código establece y define varias clases de condiciones:

- Positiva (artículo 1532).
- Negativa (artículo 1532).
- Potestativa (artículo 1534).
- Casual (artículo 1534).
- Mixta (artículo 1534).
- Suspensiva (artículo 1536).
- Resolutoria (artículo 1536).

Todas ellas, como se dijo, las define nuestro Código y a él nos remitimos. Deben ser física y moralmente posibles: como la obligación misma, según lo vimos al hablar de la licitud del objeto y de la causa. Como imposibles se miran también las obligaciones concedidas en términos ininteligibles, lo cual es racional, porque no se sabe en qué consisten.

Una condición moralmente imposible, así sea positiva o negativa, vicia la obligación, la hace nula: "Tome este dinero para que mate o para que no mate a fulano". Vimos que esa obligación es nula por causa ilícita en el caso

positivo y por causa en el caso negativo, pues sin necesidad de pago, uno está obligado a no matar.

"Le daré $... si lo mata o si no lo mata". En el primer caso, cumplida la obligación condicional, no hay acción para el cobro; en el segundo, tampoco y si recibió ya el dinero para no matar, no hay lugar a repetición, porque *in pari causa cesat repetitio*, como lo vimos atrás. En cambio, la solución es diferente si la condición es físicamente imposible, sea positiva o negativa: "Le daré $... si va a la luna", la condición no es seria; no hay obligación. "Le daré $... si no va a la luna", entonces la obligación vale como pura y simple, según el artículo 1553.

Más importantes son las condiciones potestativas, causales o mixtas, que define el artículo 1534, y a cuyas definiciones es necesario agregar que también es mixta la condición que depende de la voluntad del deudor en parte, y en parte de la de un tercero, o de un caso, como cuando A promete dar $1.000 a B si a se casa con María. En cuanto a las potestativas, hay que tener muy en cuenta el artículo 1535. Según éste, es preciso distinguir entre la condición que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga y en la que consiste en un hecho voluntario de la misma persona o de la otra parte: aquélla hace nula la obligación a que se refiere la condición de mera voluntad: la última sí valdrá. Expliquemos más esta doble suerte de condiciones potestativas.

Cuando se pone como condición para que nazca o se extinga un derecho, una mera declaración de voluntad del deudor, la obligación así contraída es nula. No me obligo de verdad si digo: "Le haré tal servicio o le pagaré tal suma, si se me antoja", es eso lo que llamaban los romanos *si voluero*. Haré algo si me place hacerlo. De ahí que una cláusula meramente potestativa, inserta en un contrato, le quita a la obligación todo valor, la anula. En los bilaterales le quitaría la correlativa causa o contraprestación a la otra obligación a menos que ocurra lo siguiente:

Existen contratos en que la ley autoriza la modalidad de la condición meramente potestativa. De este modo, si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contratado mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, por lo tanto, la pérdida, deterioro o mejora pertenece mientras tanto al vendedor. Sin necesidad de estipulación expresa, se entiende

hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo (véase el artículo 1879 del Código Civil).

El Código hace una importante aplicación de esta condición meramente potestativa en forma suspensiva en los artículos 221 y 222: siempre que la cosa vendida sea de las que se acostumbra a comprar a gusto, se entiende de derecho que el comprador se reserva la prueba durante tres días, e implica la condición suspensiva: si la cosa fuere sana y de mediana calidad.

Se compra, pero obligándose bajo condición de ensayar o de gustar; por ejemplo, el vino, después de gustado, es permitido al comprador decir que no mantiene el contrato. En estos casos, a pesar de la inserción de una cláusula de condición meramente potestativa, el contrato es válido, porque la obligación del vendedor sí es seria y firme.

Una obligación es válida cuando la condición que la afecta consiste "en un hecho voluntario de cualquiera de las partes", según el inciso del artículo 1535. Entonces el acontecimiento es un hecho de cumplir por una de las partes, pero no consiste en la mera declaración de voluntad; es necesario que haga alguna cosa, que preste un servicio o que algún suceso se produzca en su persona, como cuando ofrezco donar una casa a un amigo si voy en el año entrante a París o vendérsela en determinado valor en el mismo supuesto.

Pero las más importantes de todas las condiciones son las suspensivas y las resolutorias. Según el artículo 1536 del Código Civil, la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho. Las resolutorias tienen, en la vida práctica, una constante y fecunda aplicación en los contratos bilaterales y aun en aquellos otros que, como el de mutuo, considerado como unilateral, son de aplicación sucesiva —el derecho moderno tiende a abolir la categoría de contratos reales y los considera bilaterales; el mutuo, por ejemplo, origina obligaciones tanto para el mutuante como para el mutuario, desde antes de que mutuante entregue el dinero—.

Hay condición suspensiva cuando el nacimiento del derecho permanece en suspenso: el derecho solamente viene a nacer cuando la condición se cumple o se realiza, y si se realiza. Por ejemplo: prometo a mi empleado aumentarle su sueldo dentro de un año si entonces está todavía a mi servicio.

Hay condición resolutoria cuando el derecho nace inmediatamente, pero dejará de existir ese derecho si se realiza un determinado acontecimiento que se toma como condición. Por ejemplo, cuando el testador deja a A (legatario) una suma de dinero con la condición de que no se case antes de graduarse, o también: "doy a ud. el usufructo de esta casa durante diez años, pero con la condición de que si en ese lapso me muero, la casa pasa sin gravamen a mis herederos". En un caso de éstos, el derecho nace inmediatamente muere el testador (primer ejemplo) o al celebrarse el contrato de usufructo (en el segundo), pero deja de existir el derecho si A se casa antes de graduarse o si muero antes de vencerse los diez años.

Entre la condición suspensiva y la resolutoria hay correlación: la primera implica la existencia de la segunda. En efecto, si se vende un objeto bajo condición suspensiva, el comprador es propietario bajo esa condición mientras ella se cumple: el vendedor permanece actualmente propietario bajo condición resolutoria, y su derecho de propiedad desaparece si se verifica la condición.

En las relaciones jurídicas, tratándose de la transferencia de derechos de una persona a otra, la condición resolutoria se contrapone a la suspensiva. En ésta, cumplido el hecho en que consiste la condición, surge el derecho para el acreedor a cuyo favor se había estipulado. Quien tenía ese derecho, lo pierde: para el que quedó resuelto, y en ese sentido la condición fue resolutoria para él. Realizado el hecho expreso que hace que una parte adquiera el derecho y la otra lo pierda, la condición ha asumido para una parte el carácter de suspensiva, y para la otra, el de resolutoria.[113]

Conviene distinguir la condición *cumplida* de la condición *fallida*: queda cumplida cuando se verifica el hecho en que consistía, y queda fallida cuando no hay duda de que no se realiza el hecho en que consistía. Por ejemplo: "le daré $... si el tribunal me elige juez"; me eligieron, la condición está cumplida, "pagaré a usted ese dinero", pero resulta, en cambio, que no me pueden elegir porque no soy graduado, entonces no hay duda de que falló la condición y no tendré que pagarle ese dinero a usted.

[113] Véase CSJ, Cas. civ., GJ XVIII, p. 329.

Los artículos 1537 y 1541 contienen reglas para estimar fallida una condición, o no escrita, y cómo en general deben cumplirse las condiciones. Conviene destacar la sanción a la culpa del deudor de una obligación condicional que se valga de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse: se tendrá por cumplida según el artículo 1538, inciso final.

En cuanto a las reglas expresadas en los artículos 1534 a 1550, haremos dos consideraciones globales, y una especial para el artículo 1546 relativo a la aplicación a los contratos bilaterales de la condición resolutoria—. Aquellas dos consideraciones se refieren a dos intervalos de tiempo: (a) los efectos de la condición en el período anterior a su realización; (b) los efectos del período posterior a ella. Partimos de la base de que el acontecimiento se realice, pues si no se consuma, el derecho que de él depende no habrá llegado a tener existencia definitiva:

a) Antes de realizarse la condición, el derecho del acreedor es eventual: no ha nacido definitivamente. De ahí resulta que no hay lugar a exigir la cosa debida, pues falta la acción ejecutiva. Si paga el que debe bajo condición, puede repetir lo pagado mientras la condición no se cumpla y la prescripción no corra. Si la cosa prometida perece sin culpa del deudor, éste es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios: todo lo que destruye la aptitud de la cosa. Para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa (artículos 1542 y 1543).

Pero la eventualidad del derecho pendiente de una condición sí produce efectos jurídicos. Si la obligación condicional proviene de un contrato, éste crea vínculos, así como para el asegurador, cuya obligación (pagar el valor del seguro en caso de siniestro) está regulada por el contrato. El acreedor de una obligación condicional podrá impetrar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias (artículo 1549).

Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva no confieren al asignatario derecho alguno (mientras pende la condición), sino el de implorar las providencias conservativas necesarias. El fideicomisario, mientras pende la

condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo, pero puede implorar también las providencias conservatorias si la propiedad pareciere peligrar en manos del fiduciario.

Cuando una condición suspensiva se cumple, el derecho (antes que expectativa) se consolida, aun con fuerza retroactiva. La teoría moderna considera inútil la ficción de la retroactividad: basta con aplicar el principio *nemo plus jure transfere potest*. Cuando la misma condición falla, se considera que la obligación no ha existido jamás. Ese derecho eventual del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición se transmite a sus herederos y lo mismo sucede con la obligación del deudor (artículo 1549), es decir, la transmisión se verifica tanto en provecho de los herederos del acreedor eventual como a cargo de los herederos del deudor eventual.

Finalmente, la cosa mueble o la inmueble que se debe, ya a plazo, ya bajo condición suspensiva o resolutoria, puede enajenarse o gravarse con hipoteca, servidumbres, etc., pero entonces surge un derecho de protección a favor del tercer comprador o del acreedor hipotecario, según el caso, en las circunstancias que determinan los artículos 1547 y 1548 del Código Civil.

Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre. Por lo tanto, el acreedor se aprovecha de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufre su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio, salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor, en cuyo caso el acreedor podrá pedir que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa; además de lo uno y de lo otro, tendrá derecho a indemnización de perjuicios (inciso 2° del artículo 1543).

b) *Efectos de la condición, una vez que se cumple*: en cuanto a la suspensiva, cabe aplicar para las obligaciones afectas a condición de esa clase la regla que da el artículo 1136 del Código Civil, para las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva: el acreedor del derecho solamente puede implorar las providencias conservativas necesarias para garantizar la existencia del objeto cuando el acontecimiento en

que consista la condición se verifique, pero mientras él esté por venir, no tiene otro derecho. Y cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo estipulación en contrario.

Lección XVIII. De la *exceptio non adimpleti contractus* (artículo 1609) y de la condición resolutoria (artículo 1549)

La doctrina que vamos a exponer tiene sus antecedentes en la noción de causa aplicada a los contratos bilaterales y en el derecho de retención. La excepción *non adimpleti contractus* (excepción de inejecución) o la acción resolutoria o de resolución son de diaria aplicación en la ejecución de contratos bilaterales, los más frecuentes en la práctica o tráfico de los negocios.

En esta lección veremos el principio general de la excepción y de la acción; sin embargo, harán parte de otro curso el estudio de los contratos especiales (compraventa, arrendamiento, etc.) en el cual se verán las aplicaciones ya concretas de estos principios a cada contrato en particular, por ejemplo, en los artículos 1882, para el comprador; 1930, para el vendedor; 1933, en cuanto a los efectos de la resolución respecto a terceros, que sólo prospera de conformidad con lo previsto en los artículos 1547 y 1548 del Código Civil; 1983, 1984 y 1996, en el arrendamiento; etc.

Ya sabemos qué sucede cuando en los contratos bilaterales falta el objeto de la obligación de uno de los contratantes: por ejemplo, el caballo vendido no existe en ese momento. Como ese objeto, el de la obligación del vendedor (entregar la cosa) era a su vez la causa de la obligación del comprador (pagar el precio), el contrato cae por faltar la causa, no hay contrapartida. Es un caso de nulidad relativa.

Pues bien, el objeto no cumplido puede faltar después del contrato, es decir, la contraprestación del otro, la correlativa, si se cumple, quedaría sin causa en manos del otro que por su parte no ha cumplido; esto sería injusto, antisocial, irregular. Y como el caso sucede, debe ponérsele remedio. Como la causa falta después de celebrado el contrato, ya no es cuestión de nulidad, sino de resolución. Nulidad, en el primer caso (falta de causa correlativa a un objeto no existente al contrato); resolución, en el segundo (falta posterior al contrato). Una y otra son, en sus efectos, semejantes. Hay que volver las cosas con prestaciones mutuas al estado anterior, con diferencias que veremos.

Recordemos también que la nulidad, cuando es relativa, da lugar a la acción del mismo nombre *de nulidad*, pero que la ley la llama también *acción de rescisión*. Es diferente la acción de rescisión o de nulidad, de la acción de resolución. En efecto: la rescisión siempre es causada por un vicio o defecto inherente al contrato mismo, como un error en el consentimiento, dolo, fuerza, falta de objeto, de causa en el momento de contratar. Es una pena o sanción de la ley la de la nulidad relativa o rescisión, y no puede renunciarse en el mismo acto o contrato.

Al contrario, la resolución no importa, pues en todo caso es una sanción, y puede ser materia de estipulaciones lícitas y válidas. De ahí que pueda ser expresa, como cuando en un contrato de arrendamiento se conviene en que la falta de pago de uno de los dos contados de arriendo da lugar a que el vínculo se disuelva (se resuelva, es lo mismo) de pleno derecho, o como cuando, previendo un determinado incumplimiento, se conviene en pagar cierta suma a título de perjuicios, convenio que entonces es una *cláusula penal.*

Finalmente, la rescisión o nulidad, judicialmente pronunciada, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, según el artículo 1748, mientras que la resolución —por no haberse pagado el precio, por ejemplo— no da derecho de reivindicación contra terceros poseedores, sino en conformidad con los artículos 1547 y 1548 del Código Civil.[114] Tanto la rescisoria como la resolutoria son acciones personales.

La excepción de inejecución o *non adimpleti contractus,* por su parte, es la defensa que se opone cuando una persona está obligada por un contrato bilateral para con otra y es forzada por esta última a ejecutar su obligación, y aquella no ha cumplido en su oportunidad la propia prestación suya, o no está dispuesta a cumplirla. La persona así requerida puede válidamente negarse a cumplir alegando la excepción de que nos ocupamos. Es lo primero en que se piensa: ¿por qué he de cumplir yo si el otro no ha cumplido?

Esta es la regla institucional que consagra nuestro artículo 1609 del Código Civil, en la siguiente forma: "en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro

[114] CSJ, Cas. civ., 22 de agosto de 1894, GJ t. X, pp. 82-83.

no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma o tiempo debidos".

Esa regla de equilibrio y equidad en los contratos se debe a la doctrina alemana (algunos dicen que fue creada por los canonistas), donde ocupa un lugar especial. Los alemanes dicen que el cumplimiento en los contratos bilaterales (sinalagmáticos) debe hacerse negocio por negocio, pero como esa expresión no tiene equivalente exacto ni en castellano ni en francés, se dice "dando y dando" o *trait pour trait.* Está técnicamente reglamentada por los códigos más modernos, como el alemán (inciso 1° artículo 320) y el suizo de las obligaciones (artículo 22). En el derecho francés no hay un texto especial que la consagre, bien que los artículos 1612, 1613 y 1653 del Código napoleónico contienen aplicaciones a casos concretos de la teoría de la inejecución, en materia de venta, y para el depósito el 1948, pero en el derecho francés será aceptada como institucional.

Nosotros, como dijimos, la vemos como tal en el artículo 1609 del Código Civil. La excepción de inejecución obra por presión, y es de tal naturaleza que consigue de aquel que exige el cumplimiento sin haber cumplido que cumpla primero o, a la vez, de su lado, si quiere realmente que el otro, que no está en mora, cumpla por su parte. Por ejemplo, A le vende a B un piano y le da un mes para pagarle los $1.000 que vale. A su vez, A debe entregar el piano al mes. Vencido el plazo, A pone a disposición de B el piano, pero se niega a entregárselo definitivamente si no le paga ese día los $1.000; es decir, dando y dando, y si no es así, no tiene A por qué entregárselo.

Otro ejemplo: el Código Civil, en el inciso final del artículo 1882, consagra la excepción de inejecución *non adimpleti contractus* a favor del vendedor. Dice ese inciso: "Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago". Si un ganadero ha vendido una partida de ganado para entregarla el 1° de julio, pero para esa fecha el comprador está insolvente o en quiebra, el ganadero vendedor puede rehusar válidamente la entrega del ganado.

Como se ve, guarda analogía el derecho que esta excepción de inejecución consagra con el derecho de retención, del cual se ocupa el curso de *Bienes*: obligado el poseedor vencido a devolver la cosa, puede retenerla mientras no se paguen las expensas y mejoras útiles. La doctrina exige varias condiciones para que prospere el derecho de oponer la excepción de inejecución. Tales son: la conexidad, la exigibilidad del crédito, la certeza y liquidez del crédito inejecutado y la inejecución, pero que esta no haya sido provocada por la parte que pretende oponer la excepción de inejecución.[115]

La *conexidad* se aplica por el origen de las dos deudas, que obedecen al mismo contrato; pero si A es deudor de B por una venta y B lo es de A por un arriendo o por un mutuo, no hay conexidad: habrá lugar a *compensación*, que es otro fenómeno, si las deudas son ambas ciertas, líquidas y exigibles, pero no a excepción de inejecución.

La *exigibilidad* radica en que no sea necesario acudir a la justicia para que declare que sí existe una obligación. En el arrendamiento, mientras el arrendatario esté en el goce de la cosa, puede pagar el arriendo, todo de conformidad al contrato; si pretende perjuicios a cargo del acreedor, por este u otro motivo, no por eso puede abstenerse de pagar el precio, mientras la justicia no declare que existe a su cargo la obligación de pagar los perjuicios.

El que no haya provocado allá la *inejecución non adimpleti contractus,* sólo es la consagración de una de las varias reglas de cumplimiento equitativo de los contratos, de la teoría de la causa de las obligaciones, exigida por la correlación o reciprocidad de las obligaciones.[116] Y como ha sido expuesta con

[115] Con la excepción de inejecución "… 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", CSJ, Cas. civ. de 23 septiembre 1938, GJ t. 47, p. 243 y 2 diciembre 1949. "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.", CSJ, Cas. civ. 1943, GJ t. LV, p. 70 y 2 diciembre 1949.

[116] CSJ, Cas. civ. de 29 de febrero de 1936, GJ t. XLIII, pp. 342 y 343, reiterada por la de 2 diciembre 1949.

autoridad por la Corte Suprema de Justicia, completamos lo dicho transcribiendo lo pertinente de dicho fallo, que dice así:

> Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral —se explica por la noción de causa de las obligaciones y se deriva del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de esos contratos sinalagmáticos—. Son tres esas 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 que 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 éste 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 ésta;
> 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 Código Civil, texto éste que, por una imperfecta adaptación del principio "res perit domino" contraría las reglas 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 explícita, por el artículo 1609 de nuestro Código Civil, y reglamentada muy técnicamente por los códigos más modernos, como el alemán (artículos 320 y 322) y el suizo de las Obligaciones.

> Mediante la *exceptio non adimpleti contractus* cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación para llegar de esa suerte a obtener por la convención que 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— habría que reconocer en su favor el derecho de poder obtener una liquidación de esa situación en una forma que le devolviera su libertad.[117]

Para atender a esa necesidad, a esa exigencia de la moral y de la justicia, el derecho canónico —sobre la base de las reglas formuladas por sus moralistas: *non servanti fidem, non eat fides Servando*— creó la teoría de la resolución del contrato con características distintas a las del pacto comisorio romano. Según lo asistiera Georges Ripert, aquella no es otra cosa que la consagración de una regla moral que atempera el rigor de los principios del derecho romano y que no constituye una aplicación de la ley de las partes *un échec au contrat*, introducida más tarde al derecho civil.

La resolución, como una aplicación de la teoría de la causa, según Henri Capitant;[118] Marcel Planiol y Georges Ripert;[119] Philippe Malaurie, Laurent Aynés y Philippe Stoffel-Munck,[120] y otros autores;[121] como una manifestación del

---

[117] CSJ, Cas. civ. de 29 de febrero de 1936, GJ, XLIII, pp. 342 y 343.

[118] Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Précis de droit civil*, tome III, 3e éd., Dalloz, Paris, 1967; Julliot de la Morandière, Leon, *Cours de droit civil approfondi: les rapports entre époux*, s. e., Paris, 1952, p. 304.

[119] Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1939, No. 1310. Véase también Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Traité de droit civil français d'après le Traité de Planiol*, t. II, Obligations, contrat, responsabilité, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 195.

[120] Malaurie, Philippe; Aynés, Laurent y Stoffel-Munck, Philippe, *Droit civil-les obligations*, 2a ed., Defrénois, Paris, 2005, No. 859, p. 438.

[121] Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Les obligations: précis de droit civil*, Dalloz, Paris, 2007, No. 635, p. 616; Durand, Jean-François, *Le droit de rétention*, Thèse, Paris II, 1979.

principio de la equivalencia de las prestaciones, según Jacques Maury,[122] o como una repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Louis Josserand,[123] 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 de los tratadistas contemporáneos 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 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 de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de las buena fe, la noción de causa y la de móviles determinantes del acto jurídico.
>
> De esa manera, cuando un contratante 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".
>
> Así mismo, 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 ésta puede, cuando el contratante 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 ejecución del compromiso del contratante.

---

[122] Maury, Jacques, "Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence", en *Revue Internationale de Droit Comparé* (RIDC), 1951, p. 485.

[123] Josserand, Louis, *Cours de droit civil français*, t. II, Théorie générale des obligations, 3 éd, Sirey, Paris, 1938, No. 377.

> Pero claro está que mientras la resolución no se pronuncie, ya porque no se intente la acción respectiva, ya porque no haya fundamento siquiera para alegarla —solamente la prescripción puede, en principio general ponerle término al derecho de cada uno de los contratantes para exigir la ejecución de la obligación del otro—.[124]

De la acción resolutoria (tácita). Como lo dice la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia precitada, la acción resolutoria tácita es una aplicación del pacto comisorio romano —pacto que conserva nuestro derecho cuando tal condición se estipula expresamente, según el artículo 1935 del Código Civil—, pero con caracteres distintos o de la teoría de la causa, o como una manifestación del principio de la equivalencia de las prestaciones, o como una repercusión de los móviles determinantes en el mantenimiento del equilibrio contractual.

El Código Civil la consagra en el artículo 1546, al decir que "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". Ésta corresponde al artículo 1489 del Código chileno y al 1184 del francés. Este último dice: "*la condición resolutoria siempre está subentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación"*. Como dice "está subentendida", en vez de "va envuelta", que es la expresión de nuestro código y del chileno, la doctrina francesa critica este término de "subentenderse", porque si bien pronunciar la resolución es bien conforme a la voluntad de las partes, a su pensamiento probable, no es sólo esa voluntad lo que lleva a resolver el contrato, es la noción

[124] Respecto de la carga de la prueba del incumplimiento, la Corte ha afirmado: "El demandado sólo debe motivar su excepción, pero la carga de la prueba de ella incumbe al demandante, porque en el fondo, éste contrapone a esa excepción el cumplimiento de su propia obligación, o sea su extinción, y el excepcionante automáticamente se halla amparado por la prueba que la existencia del contrato bilateral ha aducido el demandante", CSJ, Cas. civ. 1943, GJ t. LV, p. 70 y de 2 diciembre 1949.

de la causa por el cuidado del legislador de asegurar un mínimo de justicia en las relaciones contractuales.[125]

Que la resolución tácita vaya envuelta, como dice nuestro código, o subentendida, como dice el francés, se explica por su origen romano. Es cierto que en ese derecho no había tácita, pero sí expresa, la *lex comisoria.* Los vendedores tenían la costumbre de insertar una cláusula previendo la resolución para el caso de que el comprador no pagara el precio. La cláusula vino a ser corriente y se generalizó la creencia de verla subentendida.

La parte que está dispuesta a cumplir su obligación en el lugar y tiempo debidos, dice el artículo 1609, no puede permanecer indefinidamente dispuesta a cumplir y esperando a que el otro cumpla por su parte, que ejecute primero su obligación, ni bajo la amenaza de la acción del incumplido, para oponerle la *exceptio non adimpleti contractius*, cuando quiera forzarlo a cumplir. No. Ese estado de indecisión no puede prolongarse. Por lo tanto, la parte que está dispuesta a cumplir o también —lo que es más frecuente— que ya cumplió con lo de su cargo tiene que tomar la iniciativa y proceder a pedirle al juez que rompa el contrato, que destruya el vínculo.[126] Entonces procede la acción

[125] De acuerdo con la Corte: "La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del C.C. y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibídem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante 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. 2) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de ese cumplimiento de donde surge el derecho a exigir que los demás cumplan 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 el 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 imponía o que esté pronto a cumplirlas en 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 se traduce en fórmula positiva del aforismo de que 'la morga purga la mora'.", CSJ, Cas. civ. de 29 febrero de 1936 y 2 diciembre 1949.

[126] En este punto corresponde al juez evaluar la gravedad del incumplimiento: CSJ, Cas. Civ. Del 11 de septiembre de 1984.

resolutoria.[127] La parte cumplida tiene, al tenor del artículo 1546, una doble opción que puede descomponerse en tres eventualidades a saber:

> Cuando en un contrato sinalagmático uno de los contratantes está en mora de ejecutar su obligación, el otro puede escoger una de estas tres soluciones:
>
> a. obtener judicialmente el cumplimiento del contrato, cuando esto es jurídicamente posible, para lo cual la ley, la doctrina y la jurisprudencia ofrecen diversos recursos técnicos entre ellos el generalizado en Francia, sin necesidad de texto expreso, y conocido con el nombre de teoría de *astreintes*;
> b. demandar, cuando la obligación es de hacer, por indemnización de perjuicios compensatorios al deudor en mora, pero para esto se requiere, como es obvio, el doble requisito de que el demandante ejecute su propia prestación y renuncie a la ejecución directa del contrato por parte del contratante;
> c. obtener la resolución del contrato, lo que excluye el pago de perjuicios compensatorios, puesto que el mismo demandante queda desligado de su obligación de ejecutar, pero no excluye el derecho de exigir la reparación del perjuicio que la resolución deja subsistir, a saber: el del interés negativo del demandante, como lo llamen los autores alemanes.[128]

[127] Por el contrario, "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, caso no específicamente previsto por la ley […]. 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 ésta 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 término a las indicadas acciones.": CSJ, Cas. civ. 29 febrero de 1936; 2 diciembre 1949, sin publicar, y Cas. 7 de marzo de 2000, Exp. 5319, también sin publicar.

[128] CSJ, Cas. civ. de 29 de febrero de 1936, GJ XLIII, 342 y 343.

La resolución cabe en varias hipótesis que son:

a. Cuando la ejecución ha llegado a ser imposible debido a un acontecimiento, como caso fortuito, fuerza mayor, no imputable al deudor.
b. Cuando la ejecución ha llegado a ser imposible por un hecho imputable al deudor.
c. Cuando el deudor podría ejecutarlo, pero rehúsa cumplir.

Claro resulta de estas tres hipótesis que en la primera no pueden caber los perjuicios a cargo del deudor, aunque el contrato se declare resuelto, pues esto demuestra que es caso fortuito o es de fuerza mayor. Ese acontecimiento es liberatorio, siempre que no haya dado el deudor, con su conducta, lugar a él, y que el caso o la fuerza hayan ocurrido antes de estar en mora.

En ese evento —inejecución no imputable al deudor— entra ya en juego la llamada *teoría de los riesgos.* En este sentido: si la inejecución no le es imputable al deudor, se está en presencia de una cuestión de cargo del riesgo de la cosa debida y no de un problema de responsabilidad. Es así: si el comprador, que no recibe la cosa comprada por él, porque ella ha perecido en manos del deudor, debe sin embargo pagar el precio. Los riesgos habrán sido a su cargo (del comprador). Pero si, al contrario, él queda libre de pagar el precio por no haber recibido la cosa, que pereció por culpa del vendedor, los riesgos habrán sido a cargo de éste, que no recibe el precio. La solución es ésta en tal evento: el vendedor no será obligado a entregar la cosa, pero tampoco tiene derecho a reclamar el precio.

En las otras dos hipótesis, (b) y (c), ambas dan derecho a la indemnización de perjuicios, sea que se opte por la resolución o por el cumplimiento, cuando éste es jurídicamente posible. No debiéramos acudir al argumento de que es un error de nuestro Código el haber omitido la *coma* que trae el artículo 1489 de Código chileno, signo que haría evidente el derecho a perjuicios tanto en el caso de que se pida la resolución como en el de que se pida el cumplimiento. Esa solución, de que en uno y otro caso se deben perjuicios, le da la equidad; además, el artículo 1930 del Código Civil es una aplicación directa de la acción resolutoria a la compraventa, donde expresamente se confiere al vendedor el

derecho de exigir el precio (cumplimiento) o la acción resolutoria del contrato, en ambos casos con resarcimiento de perjuicios.

Conviene también advertir que no es lo mismo resolver que declarar terminado un contrato, pues la resolución mira al pasado y destruye el vínculo *ab initio*; mientras que la terminación deja subsistente el vínculo con el pasado y sólo para el futuro hace cesar sus efectos.

La condición resolutoria, como lo dicen los artículos 1546 y 1609, solamente es aplicable a los contratos bilaterales.[129] Se estima que no lo es al contrato de sociedad, donde el incumplimiento en la entrega del aporte, por ejemplo, ocasiona drásticas sanciones a juicio de la sociedad, que puede exigir ejecutivamente el aporte o también puede declarar excluido de la sociedad al socio incumplido;[130] también la regulación de ese contrato establece en forma especial el riesgo de la cosa debida.[131]

En cambio, la doctrina moderna tiende a que se haga aplicable la condición resolutoria al contrato de mutuo con interés, pues considera que debe abolirse la clasificación de los contratos reales,[132] y que la entrega del dinero no perfecciona el contrato, sino que al situarse uno en que el mutuante y mutuario convienen en el préstamo, surgen obligaciones bilaterales para el mutuante

---

[129] CSJ, Cas. civ. de 29 de febrero de 1936, GJ XLIII, pp. 342 y s.; de 15 de diciembre de 1973, GJ CXLVII, pp. 162 y ss.; 8 de agosto de 1974, CXLVIII, pp. 194 y ss.; 6 de abril de 1976, GJ CLII, p. 88.

[130] De acuerdo con el artículo 125 del Código de Comercio, en caso de incumplimiento en el pago de los aportes, a falta de estipulación en punto del tipo de indemnización a recibir, la sociedad puede excluir al asociado incumplido (1), reducir su aporte a la parte del mismo que haya entregado o esté dispuesto a entregar, lo cual puede llevar a la sociedad a la reducción del capital de la que trata el artículo 145 (2); y hacer efectiva la entrega o pago del aporte (3).

[131] Al respecto, prevé el artículo 128 del Código de Comercio que "La conservación de las cosas objeto del aporte será de cargo del aportante hasta el momento en que se haga la entrega de las mismas a la sociedad; pero si hay mora de parte de ésta en su recibo, el riesgo de dichas cosas será de cargo de la sociedad desde el momento en que el aportante ofrezca entregarlas en legal forma." Y agrega el artículo: "La mora de la sociedad no exonerará, sin embargo, de responsabilidad al aportante por los daños que ocurran por culpa grave o dolo de éste".

[132] Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, T. I, Les sources., 2é. ed., Sirey, Paris, 1989, No. 60; Mazeaud, Henri y Chabbas, François, *Leçons de droit civil. Obligations : théorie générale*, 9e éd., Montchrestien, Paris, 1998, No. 82, p. 71. Starck, Boris; Roland, Henri y Boyer, Laurent, *Droit civil: obligations*, t. 2 : Contrat, 6e éd., Litec, Paris, 1998, No. 218 y ss. Carbonnier, Jean, *Droit civil. Les obligations*, T. IV, Thémis, 21ème éd., PUF, Paris, 2000, No. 91.

(entregar el dinero) y para el mutuario (devolverlo en oportunidad y pagar periódicamente los intereses). Enfocado así, se pretende que sin necesidad de que se pacte expresamente la resolución para cuando el mutuario deja de pagar dos o más cuotas de intereses, se subentiende tácitamente la condición resolutoria para el mismo evento.

Efectos de la resolución. Éstos son similares a los de la nulidad judicialmente pronunciada.[133] Tanto respecto de las partes como respecto de terceros, las cosas se vuelven a su estado anterior y en la restitución que cada contratante ha de hacer al otro de lo recibido[134] y en las prestaciones mutuas hay que tener en cuenta si son poseedores de buena o de mala fe; no obstante, los artículos 1544 y 1545 señalan normas especiales, a saber: cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta a favor del hacedor exclusivamente. En este caso, podrá éste, si quiere, renunciarla, pero será obligado a declarar su determinación si el deudor lo exigiere.

Según el artículo 1545, verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario. El artículo 1543 regula las consecuencias de la pérdida de la cosa, ocurrida antes del cumplimiento de la condición, según sea por culpa o sin culpa del deudo, y como se debe la cosa que exista al tiempo de cumplirse la condición.

Respecto de terceros, éstos sufren la repercusión de la resolución de la misma forma como sufren la de una anulación. Esto se da en uno y otro caso, en virtud del principio *nemo plus juris as alium transfere potest quam ipse habet*, pero con la diferencia de que en caso de resolución —y como atrás ya

[133] Ténganse en cuenta además que, contrario a lo que ocurre con la excepción de inejecución, la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación corresponde en este caso al contratante que por este motivo se opone a la resolución del contrato, tal como lo ha explicado la Corte: CSJ, Cas. civ. 1943, GJ t. LV, p. 70 y 2 diciembre 1949.

[134] Las restituciones derivadas de la prosperidad de una acción resolutoria incluyen en ellas los frutos civiles y naturales producidos hasta el momento en que se verifique tal restitución: CSJ, Cas. civ. de 6 de julio de 2000, Expediente No. 5020, la cual reitera las sentencias de 15 de junio de 1993 y 31 de octubre de 1994, GJ No. 2470, pp. 961 y ss.

lo dijimos— ella no obra contra terceros, sino en conformidad con los artículos 1547 y 1548 del Código Civil, los cuales vamos a explicar:

De acuerdo con el 1547, si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, sólo podrá resolver la enajenación o gravamen cuando la condición constaba en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública. El comprador, antes de decidirse a comprar, tiene ciertos deberes de diligencia, especialmente de averiguación en las oficinas de notarías y registro (preferentemente en estas últimas) de los antecedentes o titulación del dominio del vendedor. Uno de los fines de la institución del registro es publicitar los actos o contratos que trasladan, varían o gravan el derecho de propiedad de los inmuebles, o su modo de administración.

Así, el que pretende comprar no debe atenerse sólo a las informaciones del vendedor y debe decidirse después cumplir aquellos deberes de diligencia. Si cumplidos ellos advierte que el dominio del enajenante no está sujeto a condiciones resolutorias —*v. gr.*, porque todas las ventas anteriores hayan sido de contado, y tampoco encuentra que la cosa esté gravada con hipoteca o servidumbre—, entonces puede y debe creer que el dominio del vendedor tiene todas las apariencias de definitivo y que la resolubilidad de su derecho no consta en ninguno de los títulos.

No puede presumirse que ese comprador, después de tomar todas las precauciones del caso, haya querido correr el riesgo proveniente de la resolubilidad del derecho del vendedor. Y si compra a pesar de su información y de haber advertido que había alguna condición resolutoria pendiente, entonces, ha corrido el riesgo de la acción resolutoria que se ejercite entre contratantes anteriores, y no tendrá derecho a quejarse, pues la acción resolutoria, una vez pronunciada judicialmente, lo obliga a restituir el inmueble.

El artículo 1548 habla de enajenaciones, hipotecas y servidumbres; no de fideicomiso, ni de usufructo, ni de los derechos de uso y habitación que también limitan el dominio. Algunos opinan que la numeración del artículo 1548 no es limitativa, porque si de este modo fuera, se llegaría a la injusticia de resolver el derecho del usufructuario, del propietario fiduciario, etc., siempre que se resolviera el derecho del constituyente, sin tener en cuenta la buena

fe del tercero, lo oneroso del título de su adquisición, la falta de conocimiento de la resolubilidad del derecho de su autor, etc. En cuanto a la resolución para caso de hipoteca anterior, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 2441 y 2457 del Código Civil.

Lección XIX. Teoría de la imprevisión

Relacionada tanto con la acción resolutoria —puesta muy al día por la más moderna doctrina de derecho[135]— como con la interpretación de los contratos —que han de serlo y ejecutarse de buena fe, según el artículo 1602 y el 1603 del Código Civil—, existe la llamada *teoría de la imprevisión*, que en nuestro derecho positivo tiene amplia cabida en aquellos dos artículos del Código Civil, además de los artículos 5° y 6° de la Ley 153 de 1887[136] y que posteriormente fue interpretada en el artículo 868 del Código de Comercio de 1971, con una regla que enunciaremos más adelante.

A continuación exponemos los fundamentos de esa doctrina, tomados de la obra alemana de Ludwig Enneccerus:

> 41. (264a) Derecho de resolución por razón de la alteración de las circunstancias. Desaparición de la base del negocio.
>
> I. La ley manda que los contratos sean cumplidos (*pacta sunt servanda*), principio fundamental de todos los ordenamientos jurídicos desarrollados. Pero, ahora bien, el que realiza el negocio jurídico parte de representaciones

[135] Contra: Ospina Fernández, Guillermo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* 5a ed., Temis, Bogotá, 1998, No. 362, p. 295.

[136] De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 153 de 1887, artículo 32 del Código Civil, la hermenéutica y la equidad natural son criterios bajo los cuales las leyes deben ser interpretadas por el juez. A partir de esta regla, la lectura que la Corte de 1935 dio al artículo 1602 del Código Civil en concordancia con el 1603 inmediatamente siguiente conllevó a la morigeración del principio de intangibilidad de los contratos o *pacta sunt servanda*: "en Colombia es contrario a la equidad natural y a la buena fe contractual, pretender que, pese a que sobrevengan circunstancias impredecibles e imprevistas que modifiquen las condiciones originales en que se pactó el negocio jurídico, y se haga más oneroso para uno de los contratantes el cumplimiento de sus prestaciones; se obligue a dicha parte a que persevere en la relación negocial y ejecute el contrato pese a su ruina". Jiménez Gil, William, *Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al "nuevo derecho" en el sistema jurídico colombiano*, tesis de Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004, p. 132, consultada en julio y agosto de 2008 en: http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/TESIS%20MODIFICADA.pdf, p. 128; y Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, 2a ed., primera parte, vol. I, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1957, p. 277.

más o menos conscientes, sobre las circunstancias de hecho, económicas, jurídicas y de otra índole que justifican su resolución de realizar el negocio jurídico, para alcanzar el fin propuesto. En el caso de que el negocio jurídico haya de continuar surtiendo efecto en lo futuro, tienen también importancia sus representaciones sobre el futuro desenvolvimiento de estas circunstancias y, muy frecuentemente, el sujeto cuenta con que perduren las existentes al tiempo de concluir el negocio. ¿Qué ocurre cuando posteriormente se revela el error de esas representaciones, cuando el fin propuesto no es asequible por la mudanza de las circunstancias?

En tanto en cuanto estas representaciones hayan quedado fuera del contenido del negocio, no pueden ser atendidas en principio, por exigirlo así el interés de la seguridad del tráfico. Si el sujeto activo quiere que sean atendidas, tiene que llevarlas al contenido del contrato, vistiéndolas en la forma de una condición. Si la otra parte la admite, no puede protestar de que el negocio no surta su efecto o de que lo pierda, si la condición no se cumple o se cumple.

Pero siempre ha sido una necesidad el atribuir una cierta consideración, en determinados casos, al fin del negocio y a las circunstancias decisivas para su consecución, tanto cuando las representaciones sobre las circunstancias básicas al tiempo de la conclusión del negocio eran erróneas, como cuando posteriormente experimentan una alteración esencial.

[…] A tenor del #321 del C. C., el que, en virtud de un contrato bilateral, está obligado a ser el primero en hacer la prestación, puede negarse a ello si la situación patrimonial de la otra parte sufre una agravación esencial, que ponga en riesgo la prestación dirigida a la contraprestación.

[…] En la antigua teoría del derecho común, se desenvolvió la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual todo contrato obligatorio sólo era vinculante mientras las circunstancias bajo las cuales fue concluido, no se hubiesen modificado en lo fundamental.

[…] Además, la jurisprudencia ha justificado en ciertos casos, mediante la interpretación del contrato, un derecho de resolución basado en la alteración de las circunstancias. Así, por ejemplo, de la finalidad de los contratos de seguro, que es la de conferir una protección segura contra ciertos riesgos, se

infiere un derecho de resolución cuando las circunstancias se han modificado de tal suerte, que peligran las pretensiones del asegurado.

[…] II. La guerra de 1914 a 1918 y los trastornos económicos subsiguientes (escasez de las materias primas, dificultades de la fabricación y después la desvalorización del dinero) tuvieron por consecuencia, en numerosos casos, profundas alteraciones de las relaciones económicas, que el obligar al deudor a atenerse al contrato hubiera sido estar en absoluto desacuerdo con la justicia y la equidad. Por ejemplo, el que se hubiera comprometido a suministrar fuerza motriz durante largos años a un precio calculado entonces, no podía ser constreñido a cumplir el contrato, a todo evento, cuando el precio de los combustibles y los jornales habían subido al céntuplo del precio primitivo, etc.

[…] 4. En un nuevo estadio de la evolución, el derecho de resolución por alteración de las circunstancias fue fundado también en la desaparición de la base del negocio. Por base del negocio a estos efectos se han de entender las representaciones de los interesados al tiempo que la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representaciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituidas por ambas partes, en base del contrato, como por ejemplo la igualdad de valor, en principio de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (equivalencia), la permanencia aproximada del precio convenido, la posibilidad de reponer la provisión de las mercancías y otras circunstancias semejantes. La fundamentación que se apoya en el defecto de la base del negocio, hace posible satisfacer la necesidad de un derecho de resolución no sólo en los casos en que las bases económicas del negocio han desaparecido en virtud de una alteración posterior de las circunstancias, sino también en aquellos en que de antemano esas bases no existían. Se trata de configurar este caso como el de error sobre la base fijada de la transacción (779).

Recientemente el Tribunal de Reich, en una serie de casos, ha fundado el derecho de resolución, por alteración de las circunstancias, en la desaparición de la base del negocio. De igual modo, ha empleado el defecto de la base del negocio para deducir del mismo un derecho de resolución cuando

> una circunstancia, puesta como base por ambas partes, no existiera ya al concluirse el contrato, y, por cierto, en un caso en que era improcedente la impugnación por error por tratarse de un mero error en los motivos.
>
> En vista de esta serie de intentos de fundamentar semejante derecho de resolución, difícilmente puede negarse que esta jurisprudencia sirve a una necesidad práctica que no cabe desatender. Más difícil es el problema del cual es la fundamentación preferible. En el fondo, todas ellas tienen por base el mismo sopesar de los intereses. Por eso mismo, si se manejan debidamente todos esos medios tienen que llegar a resultados esencialmente iguales. El derecho de resolución se justifica, en última instancia, por los principios de la buena fe que prohíben las reclamaciones no exigibles al deudor. En cuanto a la medida de lo exigible tienen una importancia decisiva el contenido del contrato y las bases del mismo.[137]

Por esto nos parece preferible fundamentar el derecho de resolución en la desaparición o defecto de la base del negocio, sobre todo en cuanto permite que también se tenga debidamente en cuenta el defecto *ab origine* de una circunstancia básica. La excepción derivada del propio interés contrapuesto no es recomendable en modo alguno, porque no conduce en ningún caso a despejar definitivamente las relaciones jurídicas de las partes. Ahora bien, no se ha llegado todavía a un acuerdo completo sobre la más precisa fundamentación y delimitación del derecho de resolución por causa de defecto de la base del negocio. La cuestión sigue siendo una cuestión palpitante.

Sin embargo, una fórmula general sostenible tiene que intentar la combinación de los factores subjetivos y objetivos para que, pese a haberse actuado de buena fe y en atención al fin del contrato, una circunstancia sea reconocida como base del negocio:

1. Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato.

[137] Enneccerus, Ludwig, *Derecho de las obligaciones,* vol. 1, tomo II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1933, Nos. 41 y ss.

2. Que fuera únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivara a la parte, que le atribuía valor a prescindir a la otra parte su reconocimiento como condición.
3. Que en el caso en que la inseguridad de la circunstancia se hubiera tomado en serio, la otra parte contratante hubiera accedido a esa pretensión teniendo en cuenta la finalidad del contrato o hubiera tenido que acceder procediendo de buena fe.[138]

Las fórmulas sólo dan directrices generales y no deben aplicarse esquemáticamente, sino teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto. Siempre será decisivo el que el derecho de resolución sea una exigencia apremiante de la buena fe, según la situación en conjunto, habida cuenta de la finalidad del contrato.

Respecto del derecho de resolución por alteración de las circunstancias, consecuencia del trastorno económico producido por el desarrollo de la guerra y de la posguerra, la jurisprudencia alemana trazó a comienzos del siglo XX una serie de pautas:

1. En la época de la inflación, la plena alteración económica del contenido de la prestación se basaba, en la mayor parte de los casos, en la enorme desvalorización del dinero y en la consiguiente desproporción entre el precio y la contraprestación; pero, en principio, tiene que observarse que una fuerte alza y baja de los precios no puede justificar por sí sola la resolución, sino que es menester, además, que se trate de una alteración completamente extraordinaria y subversiva de las circunstancias presupuestas, al celebrarse el contrato, especialmente de manera que resulte una desproporción insoportable entre la prestación y la contraprestación.

[138] Estos tres requisitos fueron aplicados por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia del 25 de febrero de 1937.

2. Tiene que tratarse de una alteración con la cual las partes no han contado ni podían contar en modo alguno. Por esto en los negocios de carácter especulativo, el derecho de resolución se otorgará con menor frecuencia que en los demás negocios, porque en ellos las partes pueden contar ya al contraer el negocio con las eventuales alteraciones de las circunstancias, especialmente con la fluctuación de los precios. Por consiguiente, en los negocios del comercio al por mayor, casi siempre más o menos especulativos, hay que proceder con especial cautela antes de reconocer el derecho de resolución, porque frecuentemente también en los negocios mercantiles al por mayor la especulación es muy secundaria y porque, incluso cuando existe, las alteraciones de la situación económica pueden alcanzar un grado tal que se presumiera totalmente imposible al tiempo de la conclusión del contrato.
3. "No procede reconocer que el derecho de resolución sólo haya de otorgarse si de lo contrario amenaza una ruina inminente".[139]

En realidad, fue en 1936 cuando por vez primera la Corte aceptó que el juez corrigiera o modificara la forma como se debía ejecutar un contrato afectado por circunstancias de hecho posteriores a su celebración, que venían a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extracontractuales y que no habían podido ser previstos por las partes cuando el contrato se formó, a condición de que el contrato estuviera aún en ejecución.

En esta ocasión, la Corte explicó que la teoría no se aplicaba a los contratos 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 justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual…".[140] Posteriormente, bajo la pluma del entonces magistrado Arturo Tapias Pilonieta, la Corte reiteró la aplicación de la teoría, al considerar:

---

[139] Enneccerus, Ludwig, *Derecho de las obligaciones,* vol. 1, tomo II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1933, Nos. 41 y ss.

[140] CSJ, Cas. civ. 29 de octubre de 1936, GJ No. XLIV, p. 455.

> … la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o ya asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes […] Consintiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusticia y desorbitante ante las nuevas circunstancias.[141]

Desde entonces, la teoría de la imprevisión no volvió a ser aplicada en los fallos judiciales. No obstante, ella renació en el pensamiento de la Comisión de Expertos que redactó el Código de Comercio de 1971.[142] Esta comisión, a través de una fórmula muy semejante a la del artículo 1467 del Código Civil italiano de 1942,[143] redactó el actual artículo 868 del Código de Comercio, que establece:

---

[141] CSJ, Cas. civ. 23 de mayo de 1938, GJ XLV, p. 544, también citada por Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco, "Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato", en *Los contratos en el derecho privado*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 322.

[142] La Ley 16 de 1968 otorgó facultades especiales al presidente de la República para revisar el proyecto de Código de Comercio de 1959. En ejercicio de estas facultades se nombró una comisión de expertos, de la cual hicieron parte Emilio Robledo Uribe, José Ignacio Narváez, Gabriel Escobar Sanín, Álvaro Pérez Vives, Samuel Finkelstein y Hernando Tapias Rocha. Durante la etapa final de revisión se integraron, además, José Gabino Pinzón, León Posse A., Luis Carlos Neira y Humberto Mesa. El resultado de su trabajo fue consignado en el Decreto Extraordinario 410 de 1971, actual Código de Comercio. Véase Jiménez Gil, *op. cit*., p. 134.

[143] Dispone el artículo 1467 del Código Civil italiano que "En los contratos de ejecución continua o periódica o de ejecución aplazada, si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa por haberse producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que es deudora de tal prestación puede pedir la resolución del contrato con los efectos que establece al artículo 1458". El artículo 1458 citado establece: "La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo en el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales los efectos de la resolución no se extienden a las prestaciones ya ejecutadas. La resolución, aun si ha sido expresamente pactada, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución".

> 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 ésta pedir su revisión.
>
> 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.

En este artículo, "como se ve, se provee a la parte perjudicada de una acción dirigida a obtener la extinción del contrato, a menos que la contraparte acceda a convenir en la revisión del contrato. Tal revisión, cuando la hay, resulta así obra exclusiva de la voluntad de las partes".[144] Tres son las hipótesis de hecho que darían lugar a una revisión del contrato por imprevisión: el arribo de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que modifiquen gravemente las condiciones del negocio.

Las circunstancias imprevistas son aquellas que no se previeron, aun cuando hubieran podido preverse. Y las imprevisibles, las que no se pueden prever.[145] En efecto, las primeras se tratarían de "un fenómeno de hecho […] verificable con los sentidos y con el entendimiento [… en las que] el agente afectado por su acaecimiento no las previó, no dedujo su posible realización en el momento de celebrarse el contrato";[146] las segundas, si se hiciera una analogía con el caso fortuito, se componen de juicio subjetivo y otro objetivo: el primero recae "sobre la conducta de la parte o partes afectadas por el acaecimiento de un hecho posterior al contrato. La previsibilidad de un acontecimiento se determina teniendo en cuenta las condiciones personales del contratante, es

[144] Melich-Orsini, José. *Doctrina general del contrato,* 2a ed. corregida y ampliada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 379.

[145] Mantilla y Ternera, *op. cit.*, p. 321.

[146] Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio, *La teoría de la imprevisión en el derecho colombiano*, Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, 1992, p. 86.

decir, su grado de educación, posición social, cultura, medios que posee, etc."; el segundo, sobre "la naturaleza del hecho que se dice imprevisible", teniendo en cuenta su "rareza, espontaneidad y carácter extraordinario" que lo haría sustraerse de la capacidad de previsión de las partes.[147]

Además, es necesario que dichas circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles "alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa", es decir, que produzcan un desequilibrio importante en las prestaciones de una las partes. Esto es lo que explica que el artículo prevea la aplicación de la teoría únicamente a los contratos conmutativos de ejecución sucesiva.

No obstante, una parte de la doctrina ha criticado esta fórmula legal por estimar que en ella el legislador confundió "el modo de ejecutar la obligación con los factores temporales referidos al momento de la exigencia de las prestaciones derivadas del contrato",[148] que la restringió a contratos de trato sucesivo y que dejó fuera de su campo de aplicación a los negocios jurídicos unilaterales como la oferta o el derecho de opción, donde se puedan presentar circunstancias extraordinarias, imprevisibles e imprevistas posteriores a la manifestación de voluntad unilateral, "que hagan más gravosa desde el punto de vista económico, la posición del oferente".[149]

Hasta la fecha, la Corte no ha conocido hipótesis en las que se necesite la revisión de una oferta o de una opción de compra como consecuencia del arribo de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles desde el momento de su formulación hasta antes de su aceptación. Sin embargo, la regla ha sido bien acogida por la Corte en hipótesis de depreciación monetaria de la obligación debida, por estimarla una "válvula de escape",[150] toda vez que "si el valor del dinero reside no en lo que es, sino en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es ni sería el de obtener una suma nominal monetaria, sino el logro del poder adquisitivo".[151]

---

[147] Jiménez Gil, *op. cit.*, p. 139.
[148] *Ibid.,* p. 138.
[149] *Ibid.*, p. 137.
[150] CSJ, Cas. civ. del 24 de marzo de 1983, MP Alberto Ospina Botero.
[151] Jiménez Gil, *op. cit.*, p. 132.

En este punto, cabe advertir, sin embargo, que la Corte no ha sido unánime ante la posibilidad de imponer dicha corrección monetaria sin que medie previamente petición de parte. En algunas ocasiones se ha negado a ello, ora porque dicha corrección hace parte de un daño que debe ser previamente probado;[152] ora, porque tal corrección sólo puede ser posible si las partes la previeron en el contrato;[153] pero en otras ha accedido, al considerar que la depreciación monetaria es un hecho notorio que por razones de equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa es necesario aplicar de oficio.[154]

Por último, la revisión por imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio no es una herramienta de indemnización de perjuicios en el caso del incumplimiento de un contrato, sino todo lo contrario. Ella busca evitar el incumplimiento de las obligaciones que se han revelado excesivamente onerosas a causa de las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que intervinieron durante la ejecución del contrato.

[152] CSJ, Cas. civ. de 5 octubre de 1982, GJ 2406, p. 242.

[153] CSJ, Cas. civ. de 12 agosto de 1988, ratificada por la sentencia de 19 noviembre 2001.

[154] CSJ, Cas. civ. de 10 de agosto de 1988 y 25 de agosto de 1988.

Bibliografía

Aubry, Charles y Rau, Charles, *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, 6è Ed. (par Étienne Bartin), t. II, Juris Classeurs et Marchal et Billard, Paris, 1938.

Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel Ignacio, *La teoría de la imprevisión en el derecho colombiano*, Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, 1992.

Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Tarde, L. *Théorie et pratique de droit civil*, t. XV, s. d., 1908.

Beudant, Charles, *Cours de droit civil francais*, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1936.

Beudant, Charles y Lagarde, Gaston, *Cour de droit civil français*, tomo VIII: Les contrats et les obligations, número 233, s. e., s. l., 1936.

Bonnecase, Julien, *Précis de droit civil*, t. II, Librería Rousseau, Paris, 1934.

Capitant, Henri, *De la cause des obligations,* 3ª ed., Dalloz, Paris, 1930.

Capitant, Henri, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Dalloz, Paris, 1912.

Carbonnier, Jean, *Droit civil. Les obligations*, t. IV, PUF, Paris, 2000.

Chabas, Jean, *De la déclaration de volonté en droit français*, thèse, s. d., 1931.

Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, Librerie Dalloz, Paris, 1934.

Colin, Ambroise, *Précis de droit civil*, tome III, 3e éd., Dalloz, Paris, 1967.

Dabin, Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952 [reeditada en 2007].

Demogue, René, *Notions fondamentales de droit privé*, Rousseau, Paris, 1911.

Demogue, René, *Traité des obligations en général*, t. I-VII, Rousseau, Paris, 1933.

Demolombe, Charles, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, s. e., Paris, 1877.

Domat, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, s. d.

Durand, Jean-François, *Le droit de rétention*, Thèse, Paris II, 1979.

Elias, Randolphe, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, Thèse, Librairie de la Societé du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1909.

Enneccerus, Ludwig, *Derecho de las obligaciones,* vol. 1, t. II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1933.

Esmein, Paul, *Cours de droit civil approfondi, rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. Esmein*, Les Cours de Droit, Paris, 1949.

Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc y Savaux, Eric, *Les obligations: l'acte juridique,* Sirey, Paris, 2006.

Flour, Jacques, *Les obligations: le fait juridique,* Sirey, Paris, 2006.

Flour, Jacques, *Les obligations: le rapport d'obligation,* Sirey, Paris, 2006.

Gaudemet, Eugène, *Théorie générales des obligations: présentation de Denis Mazeaud*, Dalloz, París, 2004.

Ghestin, Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006.

Ginossar, Shalev, "Pour une meilleure définition de droit réel et du droit personnel", en *RTDC*, año LXT, núm. 4, 1962.

Ginossar, Shalev, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1960.

Gomaa, Nooman M. K., *Théorie des sources de l'obligation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968.

Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Jiménez Gil, William, *Sobre principios y reglas. Los problemas del razonamiento jurídico frente al "nuevo derecho" en el sistema jurídico colombiano*, tesis de Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004, disponible en: http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/TESIS%20MODIFICADA.pdf.

Josserand, Louis, *Cours de droit civil français*, t. II, Théorie générale des obligations, 3 éd, Sirey, Paris, 1938.

Josserand, Louis, *Les móviles dans les actes juridiques* du droit privé, Dalloz, Paris, 1928.

Julliot de la Morandiere, Leon, *Cours de droit civil approfondi: les rapports entre époux*, s. e., Paris, 1952.

Larroumet, Christian, *Droit civil-les obligations: le contrat*, t. III, 5e éd., Économica, Paris, 2003.

Larroumet, Christian, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, Recueille-Dalloz–Sirey, Paris, 1997.

Le Balle, *Cours de droit civil, Licence 2e année*, 1951-1952, s. d.

Malaurie, Philippe; Aynés, Laurent y Stoffel-Munck, Philippe, *Droit civil-Les obligations*, 2 éd., Défrenois, Paris, 2005.

Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco, "Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato", en *Los contratos en el derecho privado*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, t. I, Les sources., 2é. ed., Sirey, Paris, 1989.

Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre, *Droit civil: les obligations, les sources*, Sirey, Paris, 1962.

Marty, Gabriel; Raynaud, Pierre y Jestaz, Philippe, *Droit civil: les obligations, le régime,* Sirey, París, 1989.

Maury, Jacques, "Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence", en *Revue Internationale de Droit Comparé* (RIDC), 1951, p. 485.

Mazeaud, Denis, "La cause", en *1804-2004. Le Code Civil, un passé, un présent, un avenir,* Dalloz, París, 2004.

Mazeaud, Denis, "La notion de cause d'origine Francaise", en Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco (coord.), *Los contratos en el derecho privado*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Mazeaud, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?,* Colloque de Droit des Affaires et de Gestion de la Faculté de Droit de Paris V, 28 mars 1998, Les Petits Affiches, 30 septembre 1998.

Mazeaud, Henri, "Essai de classification des obligations", en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1936, p. 13.

Mazeaud, Henri et Leon y Tunc, André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, Montchrestien, Paris, 1932.

Mazeaud, Henri y Chabas, François, *Lecons de droit civil. Obligations: théorie générale,* Montchrestien, Paris, 1998.

Melich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato,* 2a ed. corregida y ampliada, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

Melich-Orsini, José, *Teoría general del contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

Michas, H., *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Thèse, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1900.

Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, 5a ed., Temis, Bogotá, 1998.

Ospina Fernández, Guillermo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico,* 5a ed., Temis, Bogotá, 1998.

Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, 2a ed., primera parte, vol. I, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1957.

Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, 3a ed., Temis, Bogotá, 1968.

Planiol, Marcel, "Classification des sources des obligations", en *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, 1904, p. 225.

Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, s. l., Pichón, 1912.

Planiol, Marcel y Ripert Georges, *Droit civil français*, t. VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.

Planiol, Marcel y Ripert Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1939.

Planiol, Marcel y Ripert Georges, *Traité pratique de droit civil français,* tomo VI, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1926.

Porchy-Simon, Stéphanie, *Les obligations,* Dalloz, Paris, 2004.

Pothier, Robert Joseph, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Debure, Paris, 1771.

Quéru, René, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse, Paris, 1905.

Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Traité de Droit civil d'après le traite de Planiol*, t. I, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.

Saleilles, Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, 1914,* Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2001.

Scognamiglio, Renato, *Teoría general del contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.

Starck, Boris; Roland, Henri y Boyer, Laurent, *Droit civil les obligations-2. Contrat*. 6e éd., Litec, Paris, 1998.

Tamayo Lombana, Alberto, *Manual de obligaciones: teoría del acto jurídico y otras fuentes,* 6a ed., Temis, Bogotá, 2004.

Terré, François y Lequette, Yves, *Les granas arrêts de la jurisprudence civile,* Dalloz, Paris, 2002.

Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Droit civil: les obligations*, 9e éd., Dalloz-Droit Privé, Paris, 2005.

Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, *Les obligations: précis de droit civil*, Dalloz, Paris, 2007.

Uribe-Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y de los contratos en general,* Temis, Bogotá, 1982.

Vélez, Fernando, *Tratado de derecho civil colombiano,* Imprenta del Departamento, Medellín, 1898.

Vincent-Legoux, Maire-Caroline, *L'ordre public, étude de droit comparé interne*, PUF, Paris, 2001.

Von Thur, Andreas, Tratado de las obligaciones, t. I, Reus S. A., Madrid, 1934.

Este libro fue compuesto en
caracteres Caxton Light de 10 puntos,
impreso sobre papel beige de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de julio de 2009,
en Bogotá, D.C., Colombia