

## REFLEXIONES SOBRE EL CONTRATO EN EL DERECHO COLOMBIANO: UN ACERCAMIENTO DOCTRINAL A SU CONCEPTUALIZACIÓN

Iván VARGAS-CHAVES

*Línea de Investigación en Derecho Internacional Privado,  
Universidad de Barcelona*

Sumario-. Introducción. 1. Noción y Alcance. 2. Requisitos. 2.1. Capacidad. 2.2 Consentimiento. 2.2.1 Error. 2.2.1.1 Error de derecho. 2.2.1.2 Error de hecho. 2.2.2 Dolo. 2.2.3 Fuerza. 2.3 Causa. 2.4 Objeto. 3 Efectos. 4 Clasificación. 4.1 Por su prestación. 4.2 Por su interés económico prestacional. 4.3 Por ser de libre discusión o adhesión. 4.4 Por su ejecución. 4.5 Por su perfeccionamiento: consensuales, reales o solemnes. 4.6 Por su carácter conmutativo o aleatorio. 4.7 Por su nominalidad. 5. Recisión y resolución del contrato. 6. Las fronteras del contrato civil, mercantil e internacional. 7. Bibliografía.

### INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de negocio jurídico, debe hacerse necesariamente una remisión al contrato como su manifestación más importante. De hecho por lo menos ocho de cada diez actividades negocials efectuadas por individuos consisten en contratos (Alessandri, 1988, p. 5). Este alcance no debe confundirse con las posibilidades reales del acto jurídico y por consiguiente del contrato como fuente para crear, alterar o extinguir obligaciones, pues a través de esta institución es posible además regular las situaciones e intereses de las partes que allí confluyen.

Un claro ejemplo de ello se da en la posibilidad que tienen las partes para otorgar facultades que no necesariamente impliquen un verdadero derecho subjetivo o, también asignar cargas o deberes que tampoco constituyan una obligación en estricto sentido. En otras palabras, es una fuente que se presta para una amplia variedad de acuerdos constitutivos de obligaciones entre las partes, y que en el derecho internacional ha jugado un papel clave para que la globalización, de la que tanto presume nuestra sociedad, sea un hecho.

Llevar a cabo un acercamiento doctrinal al contrato, básicamente consiste en esquematizar las bases que sustentan desde sus requisitos para la formación, hasta su resolución o recisión. En cuanto a la conceptualización, más allá de la

noción y alcance, nos ocuparemos de describir la realidad del contrato en su concepto moderno.

A través de este capítulo se intentará esquematizar de manera ordenada tal realidad, sin otro ánimo que el de presentar de manera panorámica al lector el *statu quo* del contrato en el derecho colombiano. Si se quiere incluso, el recorrido propuesto puede ser asimilado a manera de guía de estudio.

No en vano nuestro propósito responde a un intento por esbozar ese "A" del ABC del contrato en el derecho colombiano, con el fin de despertar un interés por su análisis desde el derecho comparado iberoamericano, cuyos estudiosos y estudiantes son los destinatarios finales de esta obra colectiva que tiene por título Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial, y que para este su quinto volumen, es ya un escenario cimentado e inmejorable para desplegar iniciativas de este tipo.

## 1. NOCIÓN Y ALCANCE

Adhiriéndonos a Valencia-Zea y Ortiz-Monsalve (2004, p. 49), la génesis del concepto moderno de contrato yace en Pothier (1947, p. 3), quien propone una noción en la que dos o más partes recíprocamente, o sólo una de ellas prometen y se obligan respecto a la otra u otras a dar alguna cosa; a hacer una cosa o ejecutar determinada conducta; y a comprometerse a no hacer, o abstenerse de ejecutar determinada conducta.

Con lo cual, para proponer una definición inicial, es posible afirmar que el contrato es un acto jurídico dado a través de la confluencia de dos o más voluntades para dar, hacer o no hacer. Entendidos estos tres eventos como el objeto del contrato y por tanto la generación de obligaciones, aunque además se encuentren los contratos dirigidos a modificarlas o extinguirlas.

Es también de resaltar que las partes intervinientes pueden ser catalogados como acreedor y deudor en función del vínculo jurídico establecido, siendo el primero de ellos el titular del derecho, y el segundo quien por llevar la carga obligacional debe realizar aquella conducta previamente pactada respondiendo patrimonialmente hasta su cumplimiento.

A su vez, los contratos son la fuente principal creadora de obligaciones entre las partes, quienes a través del libre ejercicio de su voluntad juegan un rol fundamental en la estructuración de los diversos negocios jurídicos a través de esta figura. Ello siempre y cuando no vayan en contra de la ley, las buenas costumbres o del orden público.

Habiéndose ya mencionado que a través de la confluencia de voluntades se generaban obligaciones consistentes en dar, hacer o no hacer, debe precisarse que estas obligaciones tienen para las partes igual jerarquía y fuerza

que la ley, debiéndose cumplir al tenor de las cláusulas. Para asimilar este contexto, a continuación se desarrollará cada una de estas obligaciones.

En primer lugar, las obligaciones de dar son aquellas en las que bajo cualquier modalidad de transferencia de dominio, el deudor le hace entrega al acreedor de un bien mueble o inmueble. Esta obligación suele estar acompañada de otras cargas tales como la diligente conservación del bien hasta que la obligación se satisfaga, o la entrega simultánea de aquellos accesorios y conocimientos necesarios para que quién lo recibe pueda darle el destino deseado.

Las obligaciones de hacer parten de una acción positiva, que puede ser realizada tanto por el deudor personalmente, como por una persona que éste considere idónea a sus expensas, siempre y cuando esto haya sido pactado. No es conveniente confundir esta obligación con la de dar, pues la entrega a pesar de ser una acción positiva realmente conlleva el traspaso material del bien.

Por último, en las obligaciones de no hacer se ejecuta una conducta negativa, traducida en una abstención a realizar una acción que de otra manera le resultaría al deudor posible y lícito de hacer.

Son situaciones que ilustran la manifestación de la declaración de la voluntad de las partes que, por sí mismos, o en algunos casos junto con otros requisitos; buscan la creación de una obligación con efectos jurídicos, constituyéndose de esta manera el negocio jurídico o contrato. En este punto debe realizarse una acotación, en tanto para Castán (2006, p. 17) y Rangel (2007, p. 102) no debe confundirse tal declaración privada de voluntad con una simple declaración de la voluntad con efectos jurídicos,

Así, mientras que la primera persigue determinados efectos a través del negocio, como lo son la creación, modificación o extinción de la relación jurídica; la segunda concibe los supuestos de declaración de voluntad, por ejemplo del juez a través de sus sentencias o de las autoridades administrativas a través de sus actos, e inclusive del legislador a través de las leyes que de éste emanan.

## 2. REQUISITOS

Al plantear los requisitos para que un contrato exista en el mundo jurídico, la doctrina suele enfrentarse a una cuestión nada sencilla dada la órbita de acción del contrato moderno, pues son diversas las interpretaciones que existen sobre validez, existencia y eficacia; además de las también diversas concepciones que se tienen de contrato en una concepción más amplia, a tal punto de interferir con el alcance de cualquier convención jurídica.

A continuación se plantean cuatro estándares o requisitos mínimos que deben cumplirse a partir de la legislación colombiana, a saber: la capacidad para

contratar, el consentimiento de las partes, la causa y el objeto. A ellos cabría adicionar algunas solemnidades, en los casos en que el legislador lo exige atendiendo a la naturaleza contractual.

Como aclaración metodológica, la doctrina ha querido proponer además una relectura de la columna vertebral del contrato a través de tres niveles: elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales, los cuales se omitirán puesto que consideramos que esta clasificación presenta algunas deficiencias conceptuales. De hecho para Cariota y Albaladejo esta clasificación es en realidad un conjunto de consecuencias "de determinados contratos que las partes pueden excluir, pero que, en virtud del esquema legislativo de cada tipo contractual, no tienen necesidad de pactar" (1972, p. 99).

A partir de lo anterior, la importancia de los requisitos yace en que a falta de uno de estos, el contrato puede presumirse como inexistente o nulo en función de si el requisito faltante es o no de existencia. Siendo en este sentido viable afirmar que nos encontramos ante requisitos de existencia y validez del contrato. Adicionalmente, tampoco deben dejarse a un lado los requisitos de subsistencia, como un estándar *sui generis* ligado más al cumplimiento de las obligaciones que a la formación del contrato.

A tal efecto, De Castro-Bravo propone la siguiente distinción entre ambos fenómenos: "se dirá que es de *negotium non existens*, o inexistencia, cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio; mientras que la nulidad resultaría de una prohibición o requisito negativo, contrario a la validez."; distinción que para este autor permite metaforizar el negocio inexistente a un fantasma, y el nulo a un nacido ya muerto (1985, p. 487).

## 2.1. Capacidad

En el derecho colombiano se parte de la premisa de que toda persona es legalmente capaz para contratar, salvo quienes por ley son declarados como incapaces (Código Civil, art. 1503), esto son, los dementes, impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender. Sobre estas personas recae una incapacidad absoluta, que no les permite celebrar actos capaces de producir ningún tipo de obligación. Ni siquiera obligaciones naturales, que son las que no confieren derecho alguno para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado.

Otros supuestos destacables se presentan en las sentencias que rechazan la acción impuesta contra quien está naturalmente obligado, y que no obstante no extinguen la obligación (Cubides-Camacho, 1999, pp. 49 y ss.); o en el caso de las garantías naturales a las que hace referencia el artículo 1529 del Código Civil, como lo son las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales

constituidas en terceros, respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Por otra parte, aunque son también declarados incapaces los menores adultos y los disipadores bajo interdicción por sentencia judicial, el tratamiento dado es de incapacidad relativa, pudiendo tener valor sus actos en ciertas circunstancias reguladas por ley. Esto es sin lugar a duda un requisito de existencia del contrato.

De la incapacidad para contratar como es de esperarse, deviene un castigo en caso de celebrarse un contrato, y la figura adoptada por el legislador para ello es la nulidad. Se afirma entonces que cuando un incapaz absoluto celebra un contrato, éste estará viciado por una nulidad absoluta que no puede ser saneada posteriormente, pues a partir del momento en que ésta se decreta, el contrato se presume como inexistente, o lo que es lo mismo, sin vida jurídica. Tal nulidad también opera cuando el objeto y la causa del contrato son ilícitos.

En términos de Couture “el acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre él se eleve un acto válido” (1997, p. 378). Mientras de un lado la nulidad absoluta se da para prever el supuesto de la ausencia de uno de los requisitos legales para contratar, tutelando de esta manera los intereses de las partes y el orden público; del otro, la nulidad relativa busca que se den las mejores condiciones de cara a un equilibrio contractual.

Ahora bien, la incapacidad relativa y los vicios del consentimiento producirán una nulidad relativa en el contrato, pudiendo sanearse por el paso del tiempo y por la ratificación de las partes. Ya incluso la doctrina colombiana en el siglo XIX (Cf. Ramírez, 1899, p. 10) al analizar un acto o contrato afectado por esta nulidad, le reconocía vida jurídica al denominarlo rescindible o anulable.

En cuanto a terceros, opera otra premisa, y es la presunción de que cada una de las partes ha contratado por sí mismos, o por sus causahabientes y herederos, salvo pacto expreso contrario o cuando esto no resulte de la naturaleza contractual.

Y es que la figura de la representación asociada a la capacidad, hace posible pactar por otro. Como bien lo señala Brugi (1943, p. 289) nadie puede estipular en nombre propio, como no sea para sí mismo, aunque sí es posible estipular a favor de un tercero indeterminado o determinable, siempre que esto sea una condición *sine qua non* de una estipulación que, o bien hace por sí mismo o, bien de una donación que haga a otro.

Dicho de otra forma, en materia de capacidad para contratar y representación, aquello que una parte ejecuta a nombre de un tercero, teniendo

su autorización o la facultad por ley para hacerlo, produce en relación a la persona representada iguales efectos que si ésta lo hubiese contratado.

Mientras tanto, en materia de estipulación, cualquier persona puede hacerlo a favor de un tercero así ésta no tenga derecho para representarla, teniendo la posibilidad de demandar lo estipulado. Esto, de acuerdo al artículo 1506 del Código Civil, es posible mientras no intervenga su aceptación, pudiéndose revocar el contrato por la sola voluntad de las partes que en él concurrieron.

Un último supuesto que es regulado por el artículo 1507 de la citada norma, es el de la promesa por otro, donde a una de las partes adquiere el compromiso a que por una tercera persona, de quien no es su representante, se va a ejecutar una obligación de dar, hacer o no hacer. Aunque en principio este tercero no contrae la obligación inmediatamente, sí lo hace una vez ratifica tal compromiso, y si en cambio no lo ratifica, la otra parte le podrá exigir a la parte inicial una indemnización por los perjuicios causados como consecuencia de la no ratificación.

## **2.2. Consentimiento**

Como regla general, el contrato nace con la manifestación inequívoca de las partes para contratar cualquiera que fuese la manera de expresarla, e independientemente de los requisitos para que éste se perfeccione. Esta manifestación es el consentimiento, el cual no debe adolecer de ningún vicio, pues como se advirtió, en caso de presentarse el contrato quedará viciado por una nulidad relativa del mismo.

El consentimiento se genera y cobra relevancia para el contrato con la aceptación de la oferta, no obstante esta aceptación no tiene validez jurídica alguna para ciertos contratos especiales, tales como los contratos solemnes que requieren de ciertas formalidades establecidas por ley. Al referirnos a este tipo de contratación, debemos hablar de contratos consensuales, esto es, los que se forman y perfeccionan con el simple consentimiento de las partes.

Son vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo.

### **2.2.1. Error**

Se concibe el error como vicio del consentimiento al comportamiento equivocado de una de las partes, en el que por ignorancia o por interiorizar una falsa concepción de la realidad o de una norma jurídica hacia determinado hecho, se toma una decisión en perjuicio de los propios intereses.

La legislación colombiana a través de los artículos 1509 a 1512 del Código Civil prevé varios tipos de errores, a saber, el error sobre un punto del derecho.

en la naturaleza del acto o negocio así como en la identidad del objeto; en la calidad del objeto; y en la persona. Sin embargo la doctrina ha optado por catalogarlos en error de derecho y error de hecho, con las respectivas variables en el segundo, permitiendo contar con una clasificación más pedagógica y amplia, respecto a los diversos escenarios.

#### *2.2.1.1. Error de derecho*

Se trata de aquel error en el que incurren las partes al desconocer una norma jurídica. A pesar que es un error que no propiamente vicia el consentimiento, el régimen jurídico colombiano concibe una presunción de conocimiento de la ley, que recae sobre todos los ciudadanos en aras de la seguridad jurídica.

Esto implica que frente a cualquier negocio jurídico, ninguna de las partes puede alegar el desconocimiento de una norma que le impone una obligación. Con ello, nadie puede a su favor ignorar o pretender ignorar una norma para sustraerse de los efectos y consecuencias de un contrato, y por tanto, acometer contra el mismo solicitando ante un juez su declaración de nulidad por error.

#### *2.2.1.2. Error de hecho*

En el error de hecho, quién lo comete incurre en una conducta motivada por una falsa concepción sobre uno o más elementos que constituyen una situación fáctica. Esto es, una discrepancia dada entre el concepto o la idea que se tiene y la realidad al tomar por cierto algo que no lo es.

Hinestrosa (1969, p. 245) propone que se tenga el error de hecho como la equivocación que lleva al individuo a celebrar un negocio que de no mediar el error, se habría ejecutado. A estos efectos, existen de acuerdo a los artículos 1503 y 1510-1512 del Código Civil las siguientes clases de errores de hecho, sin perjuicio de otras clasificaciones propuestas doctrinalmente (Cf. Peña-Nossa, 2006, p. 92; Hinestrosa, 1969, p. 232), por ejemplo el error indiferente o la presuposición.

(i) Error en la naturaleza del acto o negocio y en la identidad del objeto, en relación a la especie de acto o contrato a ejecutarse o celebrarse, al tener una distorsión con la identidad de la cosa específica, o al tipo de negocio que se está celebrando.

(ii) Error en la calidad del objeto en relación a la distorsión sobre la sustancia o calidad esencial del objeto del contrato. Para que exista un vicio de la voluntad sobre este supuesto, la calidad de dicho objeto de ser el principal motivo para contratar.

Y por último, (iii.) error en la persona, en relación a la distorsión con la persona con quien existe una intención previa de celebrar un contrato. Al igual que el anterior supuesto, para que existe un vicio del consentimiento la consideración que se tiene de esa persona debe ser el motivo principal para contratar.

### **2.2.2. Dolo**

Por dolo, debe entenderse cualquier acción u omisión tendiente a engañar a una de las partes para que celebre un contrato con ciertas condiciones favorables para la otra parte, ocasionando un daño a un individuo o a su patrimonio. A pesar que la figura del dolo sea un eje cardinal para el régimen de derecho penal, no lo es para el civil. Se precisa apenas en este ámbito que para solicitar la anulación del contrato por dolo, es necesario que sin éste el acto no se hubiese celebrado, quedando para los demás casos una acción de indemnización por perjuicios.

### **2.2.3. Fuerza**

El contrato en calidad de acuerdo de voluntades toma como punto de partida la plena igualdad que las partes puedan tener ante ellas mismas, pues es innegable que el acuerdo al que lleguen regirá como ley para ambas. Esta igualdad encuentra su colofón en el equilibrio económico contractual, cuyo objetivo es eliminar todo rastro de violencia del fuerte contra el débil.

Ciñéndonos al Código Civil en su artículo 1513, encontramos que la fuerza es un vicio del consentimiento que se genera cuando se es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, o lo que es lo mismo, todo acto que proviene de una de las partes hacia la otra con un justo temor de estar expuesto por sí mismo, o algún allegado cercano a un mal irreparable y grave.

A estos efectos, el legislador colombiano quiso ir más allá, dando alcance al temor reverencial como el miedo a desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto, aunque ello no sólo baste para viciar el consentimiento.

Conviene además tener en cuenta que la fuerza se puede presentar de manera física a través de coacciones materiales sobre la persona, o moral por medio de amenazas e intimidaciones; en ambos casos, sin que necesariamente la misma persona que la ejerza sea el beneficiario de la decisión que puede tomar la parte afectada. De allí que fuerza empleada por el agente se amplía a terceros interesados en trastornar el consentimiento de una de las partes.

## **2.3. Causa**

De la voluntad de las partes para contratar deviene la necesidad de determinar el motivo jurídico por el cual lo hacen, ésta es la causa. Una

justificación que tiene como función proteger de los intereses de las partes, quienes de otra forma podrían determinar vínculos injustificados respecto a las libertades y garantías individuales o colectivas (Bruggi, 1946, p. 298). En un sentido amplio, la causa abarca uno o varios motivos articulados que decidan a las partes a contratar con el fin de modificar el patrimonio propio.

En el derecho colombiano, la causa ilícita se encuentra regulada en el artículo 1524 del Código Civil, que establece que no puede haber una obligación sin una causa real y lícita previa, así ésta no se exprese, pues el sólo acto de "liberalidad" es ya de por sí una causa suficiente. Se plantean además dos ejemplos para explicar el fenómeno de la causa ilícita: "así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

La causa ilícita es por ende aquella -al igual que el objeto- que está prohibida por la ley y es atentatoria de las buenas costumbres. El castigo previsto para un contrato con causa u objeto ilícito se encuentra en el artículo 1525, que dictamina que no podrá repetirse lo que haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

## 2.4. Objeto

Siguiendo a Lacruz-Berdejo (1987, p. 135), los negocios patrimoniales se desenvuelven a través de prestaciones de dar, hacer o no hacer. A su vez, la certeza en dichas prestaciones puede recaer en la exigencia de comercialidad de las cosas, o en su posibilidad para ser materia del contrato. En este escenario, el objeto -y la prestación en sí- debe por tanto responder a una serie de supuestos, como lo son, (i) no estar fuera del comercio; (ii) ser físicamente, inmaterialmente o jurídicamente posible; (iii) ser lícito; (iv.) estar acorde a las buenas costumbres; y (v.) ser determinado o determinable.

En efecto, no sólo aquello que existe y está determinado tiene validez para el derecho, también lo que puede determinarse a futuro, es decir, que se espera exista siempre y cuando se determine al menos en el género. La cantidad por tanto podrá ser incierta pero reglada por las cláusulas del contrato. Esto se predica también sobre un hecho a futuro siempre que sea moral y físicamente posible, o lo que es lo mismo, acorde a las leyes de la naturaleza, las buenas costumbres y el orden público.

Más aún, con los retos que trae consigo la apertura a nuevos mercados y la sociedad de la información, al régimen contractual se le exige ser capaz de responder a las diversas tensiones que se pueden presentar entre los intereses de las partes, por ejemplo en relación al objeto; y que se repelen no siempre con el alcance mismo del contrato.

En este sentido, al remitirnos de nuevo a Lacruz-Berdejo, nos encontramos con las "energías naturales, que no parecen entrar, en rigor, en el concepto estricto de cosas; las creaciones del ingenio, la obra intelectual, el invento; las situaciones de poder o de deber de que los sujetos son titulares; el comportamiento de las personas en tanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico o servicios; el dinero como pura medida de valor; determinadas *universitates iuris*; los títulos valores que tampoco son, en sentido estricto, cosas" (p. 136).

### 3. EFECTOS

El principal efecto de la celebración del contrato es que pasa a convertirse en ley para las partes para quienes únicamente tiene efectos vinculantes, salvo que por estipulación o por terceros, como los herederos y derechohabientes, se amplíe su órbita de acción. Esto se sustenta en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar, estructurando, regulando o terminando relaciones jurídicas de orden patrimonial.

Respecto a las partes, los efectos en el contrato pueden ser efectos materiales y formales. Materiales ya que quien actúa a título propio realiza una declaración de su voluntad, asumiendo las ventajas y las desventajas de su calidad, esto quiere decir, que se es titular en tanto de su condición emanan derechos y/o deberes en relación a su situación activa o pasiva obligacional; y formales, las que se relacionan con el representante legal de la parte, quien actuando a su nombre, puede crear, alterar o extinguir una relación previa.

Los sucesores universales tienen una conexión similar sobre los efectos del contrato sobre parte activa o pasiva en la obligación (Espejo, 1999, p. 27), siempre que sean derechos o deberes inherentes a la persona que los asume originalmente, pues ciertamente existen obligaciones que no son susceptibles de transmitirse. Cabe acotar que el acto de sucesión se puede dar por causa de muerte o por acto entre vivos.

En cuanto a los terceros, una segunda distinción entre terceros interesados y no interesados nos permite entrever que los efectos operan sobre el interés lícito en el cumplimiento de la obligación por ambas categorías, aunque en la segunda con efectos indirectos. Por lo tanto, ninguna parte puede exigir el cumplimiento de la obligación. Empero en ciertos casos especiales los terceros estarán facultados para optar por la ejecución de la prestación, pudiendo forzar al acreedor a recibirla, por ejemplo cuando el deudor se abstiene de recibir una herencia.

## **4. CLASIFICACIÓN**

### **4.1. Por su prestación**

Por su prestación los contratos pueden clasificarse en unilaterales, sinalagmáticas o bilaterales y sinalagmáticos imperfectos.

Contrato unilateral es aquel en el que se pactan obligaciones para una de las partes respecto a la otra, como es el caso de la donación, donde una parte se compromete a título gratuito a transferir el dominio de una cosa; o en el contrato de mutuo donde un prestamista se compromete a entregarle a un prestatario dinero o una cosa fungible, quién posteriormente le devolverá otro de la misma especie.

Contratos sinalagmáticos o bilaterales son aquellos donde las obligaciones son establecidas para ambas partes, por ejemplo el contrato de compraventa en el que el comprador se compromete a pagar el precio y el vendedor a transferir el dominio de la cosa vendida.

Una tercera categoría se halla en los contratos que inicialmente fueron suscritos como unilaterales, y que posteriormente se convirtieron en bilaterales. Son los denominados contratos sinalagmáticos imperfectos, cuyo supuesto se da en que inicialmente la prestación recae en una parte en el momento de la convención; pero ya para la ejecución o liquidación es la otra parte la que resulta también obligada, como ocurre en el contrato de comodato, donde el comodante entrega gratuitamente un bien al comodatario para su uso, quien posteriormente terminará no solo obligado a restituir el bien, sino a conservarlo y a reparar cualquier daño que pudo causar.

### **4.2. Por su interés económico prestacional**

La diferencia más importante en los contratos clasificados por su interés económico prestacional, se encuentra en la onerosidad de la prestación. Dicho esto, el contrato oneroso es aquel que presenta un beneficio económico recíproco, esto es, que tiene un valor asumible por ambas partes, como acontece en los contratos de compraventa donde se pacta un precio a pagar y un bien a transferir.

En contraposición, los contratos gratuitos van a suprimir este beneficio recíproco, pues va a ser una de las partes la que se va a beneficiar a costa de la otra, sin que ésta reciba alguna contraprestación a cambio. Por ejemplo la donación, un contrato en el que el donante se obliga con el donatario a transferir a título gratuito un bien mueble o inmueble.

### **4.3. Por ser de libre discusión o adhesión**

Respecto a la formación, los contratos pueden ser de libre discusión o adhesión. En los contratos de libre discusión las partes someten a consideración

las condiciones bajo la cual se regirá su acuerdo de voluntades, presentándose diferentes modificaciones a lo largo de la etapa de negociación, hasta que se alcanza un consenso.

Ejemplos de este tipo de contratos se encuentran, entre otros, en el arrendamiento de bienes inmuebles, la elaboración de obras por encargo, los contratos de almacenamiento y maquila de mercancías, e inclusive en los acuerdos que constituyen una sociedad mercantil. Se trata de un contrato personalizado que parte del presupuesto de la paridad entre las partes, a diferencia de los contratos de adhesión, donde existe una posición predominante de una parte, quien establece las condiciones bajo las que se regirá el contrato.

En la mayoría de casos, existen ofertas uniformes dirigidas a terceros indeterminados, quienes en caso de decidir iniciar una relación contractual, se adhieren a esos términos. Son ejemplos de esta modalidad los contratos de servicios públicos domiciliarios o bancarios. Esta posición predominante, usualmente es vigilada por las autoridades de consumo y competencia, pues suele prestarse para escenarios en los que hay un abuso de la posición dominante, o de vulneración a los derechos del consumidor.

#### **4.4. Por su ejecución**

En materia de ejecución contractual, los actos pueden ser de tracto o ejecución sucesiva, de ejecución instantánea y de ejecución diferida. El contrato de tracto sucesivo usualmente vinculado a una prestación de dar, es aquel se ejecuta en dos o más etapas, aunque no obstante es posible encontrar contratos de este tipo relacionados a prestaciones de hacer.

Valencia-Zea & Ortiz-Monsalve (2004, p. 55) traen a manera de ejemplo los contratos de prestación de servicios, de trabajo o de suministro de servicios públicos, en tanto suponen una serie escalonada de obligaciones, que de haberse cumplido, implican entre otros fenómenos el de la no-anulabilidad o de no resolución, pues estaríamos ante una terminación del contrato.

Los contratos de ejecución instantánea se relacionan a una única prestación automática a ejecutarse, como es el caso de la compraventa de un automóvil y su pago de contado. Los derechos y obligaciones se generan a partir de su celebración, y la revisión en caso de variación de las condicionales iniciales no opera a diferencia del contrato de ejecución sucesiva. En caso de tener una prestación relacionada de dar, pueden resolverse toda vez que es posible retrotraer las cosas a un estado anterior.

Por último, en caso de diferirse la ejecución de la obligación, esto es, de suspenderse de común acuerdo entre las partes, se habla está ante un contrato de ejecución diferida, siendo la obligación exigible hasta el momento en que se

haya pactado. Esto implica que el nacimiento del acto se va predicar de la celebración y los efectos hasta tanto se encuentren postergados.

#### **4.5. Por su perfeccionamiento: consensuales, reales o solemnes**

Teniendo claro el rol que tiene el consentimiento en la formación del contrato, es necesario aclarar que el simple consentimiento es una vía establecida para perfeccionar aquellos contratos denominados consensuales, y donde su prueba de existencia es libre en los términos del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil. Algunos contratos de este tipo son la compraventa, el arrendamiento o el mandato. En esta misma categoría se ubican los contratos reales, los cuales necesitan de la entrega de la cosa para que se perfeccionen, como en el depósito, la prenda o el comodato.

Y por último, los contratos solemnes son los que requieren de una solemnidad definida por la ley, sin la que no pueden perfeccionarse ni producir ningún efecto, como en la donación de un bien inmueble, donde no sólo basta con el consentimiento o el ánimo de donante ni tampoco la entrega, siendo necesario elevar el acto a escritura pública e inscribirlo ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Esta formalidad es además concebida como requisito *ad-solemnitatem*, sin la que el acto es nulo absoluto.

Hay también requisitos concebidos como *ad-probationem*, cuya ausencia no va a repercutir en la existencia del contrato, pues son apenas una prueba que puede ser utilizada eventualmente en un proceso. Tal es el caso del registro de una cesión de obras ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor; sin este registro el contrato no sería nulo, aunque sí adolecería de un requisito exigido por la Ley 23 de 1982. Se aduce por tanto que los efectos del contrato surtirían efectos únicamente ante las partes, más no ante terceros, de ahí la importancia de satisfacer dicha forma.

#### **4.6. Por su carácter conmutativo o aleatorio**

La certidumbre es también un factor diferenciador entre los contratos. Siendo, la conmutatividad la certeza existente entre la carga prestacional y el cumplimiento de la obligación. De esta manera, los contratos conmutativos son aquellos en los que las prestaciones son ciertas desde el momento de sus celebración, como acontece con el depósito de mercancías o con la compraventa de un automóvil.

La incertidumbre, en cambio, es también regulada y permitida a través los contratos aleatorios, donde la prestación de dar, hacer o no hacer, depende en su totalidad de un hecho futuro e incierto, al que las partes se atienen desde el momento de celebrar en contrato. Los ejemplos son numerosos: los juegos de

azar, las loterías, los contratos de futuros y opciones sobre cosechas o los derivados financieros basados en activos subyacentes.

#### **4.7. Por su nominalidad**

A medida que el derecho evoluciona y se adapta a nuevas realidades, éste va recogiendo formas de contratación en los cuerpos normativos codificados, las cuales una vez reguladas pasan a ser contratos nominados o típicos. La importancia de este tipo de contratos se da en la utilización supletoria o imperativa de dicha regulación en un contexto en el que no se pactan previamente cláusulas, o se pactan indebidamente atentando el equilibrio económico contractual.

Los contratos innominados o atípicos, responden a la libertad para contratar al buscar la promoción de nuevos negocios a través de formas antes no concebidas. El ordenamiento jurídico reconoce nuevas estipulaciones, respaldando de esta manera tal libertad. Se exige, eso sí, que el contenido del contrato se ajuste a los límites impuestos por tal ordenamiento, pues en caso contrario el aparato jurisdiccional estará en la capacidad de intervenir ante eventuales desequilibrios o cargas sobrevenidas.

### **5. RESCISIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

La rescisión y resolución del contrato son dos formas sobrevenidas de ineficacia funcional en un contrato que cumple con todos sus requisitos, y que por tanto existe y es válido. A manera de paréntesis, es preciso aclarar que la doctrina comparada, y en particular Ghersi (1994, p. 266) y Albadalejo (1972, p. 173), suelen utilizar la rescisión y resolución bien de manera indistinta, o bien, la primera como género de la segunda.

En la rescisión se hace necesaria la intervención de un juez, quién a través de una sentencia, y atendiendo a una causal existente en su celebración, puede dejar sin efecto el acto. Se trata de un remedio legal diseñado para proteger las partes, y para salvaguardar la libertad contractual frente a un indebido aprovechamiento de una de las partes. Por su parte, la resolución del contrato hace referencia a su fin, aunque no necesariamente está relacionada con fenómenos como la nulidad, que de antemano supone una sanción establecida por el legislador para las irregularidades desde su celebración.

Dicho esto, pueden clasificarse las formas de resolución en el mutuo acuerdo y por ley, asumiendo de una parte que la ley instituye esta figura en razón de causas o de hechos posteriores a su celebración; y de la otra, que el ideal de finalización de todo contrato es su culminación por debido cumplimiento de las partes sobre sus cargas prestacionales.

Siguiendo a Valencia-Zea & Ortiz-Monsalve (2004, p. 125), se concede el derecho de resolución en los siguientes supuestos: (i.) cuando una de las partes no cumple con sus obligaciones, quedando la otra facultada para solicitar al juez que se resuelva el contrato; (ii.) cuando se cumple defectuosamente; (iii.) cuando hay una imposibilidad absoluta por fuerza mayor o caso fortuito para cumplir con la carga prestacional; (iv.) por excesiva onerosidad de la prestación.

Es importante señalar que la parte afectada, podrá solicitar o bien la resolución, o bien el cumplimiento ante el primer y segundo supuesto, mientras que en el cuarto, quién no puede cumplirla, puede pedir al juez una reasignación de las obligaciones, para evitar un enriquecimiento sin justa causa de la otra parte a costas suyas (p.129). La resolución judicial es únicamente viable en los contratos bilaterales y en los que también se señaló un plazo fijo para su cumplimiento.

De hecho, en los términos del artículo 1546 del Código Civil todo contrato bilateral trae consigo una condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse el contrato, a través de la cual se puede solicitar o la resolución o el cumplimiento y una indemnización por los perjuicios que se ocasionasen como consecuencia del incumplimiento.

Ejecutada la condición resolutoria, corresponderá restituir lo que se hubiese recibido bajo tal condición a menos que ésta hubiese sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, y en tal caso, podrá renunciarla siendo obligado a declarar su determinación a expresa solicitud del deudor (Cf. Código Civil, art. 1544); además, los frutos percibidos durante el tiempo de ejecución del contrato no se deberán restituir salvo por ley o por pacto en contrario.

## **6. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO CIVIL, MERCANTIL E INTERNACIONAL**

Uno de los retos a los que se enfrenta el moderno derecho de contratos, deviene de la uniformidad que se busca ante una amplia variedad de regulaciones propias, muchas veces dispares. A estos efectos, cabe destacar que hoy por hoy existen importantes consensos a través de instrumentos internacionales, en temas tales como mercados financieros, servicios bancarios, logística, transporte o compraventa de mercaderías, entre otros. Esto explica la preocupación de los Estados para asociarse a través de organismos internacionales, con el fin de beneficiar a sus nacionales con sistemas capaces de responder a esta nueva realidad

En este sentido es importante entender que el contrato internacional tiene todas las características, efectos y requisitos del contrato clásico, pues como manifestación del acuerdo de voluntades que es, no deja de ser un acto jurídico con alcance internacional, en el que pueden confluir dos o más partes

provenientes de dos o más países, para estructurar una prestación consistente en dar, hacer o no hacer, la cual puede ejecutarse incluso en un país distinto al de la celebración o al de la procedencia de las partes.

Hay que aclarar que el contrato internacional por excelencia es de naturaleza mercantil, y se refiere a la compraventa internacional de mercaderías, motivo por el que tras abordar de manera somera el alcance del contrato mercantil o comercial, nos referiremos a las características principales de este tipo de contratos.

A pesar que desde un enfoque estructural los contratos civiles y mercantiles sean semejantes, como consecuencia de su función económica el proceso de evolución normativa de derecho privado ha optado por darles un tratamiento distinto, en razón de aquellas operaciones mercantiles que previamente hayan sido catalogadas como actos de comercio.

Así, el contrato mercantil parte de una definición más amplia a partir de acto de comercio o acuerdo comercial, una figura que desde la época de los romanos propugnaba por la regulación de los intercambios mercantiles a partir de los excedentes de producción. Estos intercambios a pesar de no tener una regulación propia, dada la existencia de un sistema normativo aplicable a las relaciones negociales con otros pueblos, les permitía estructurar instituciones de derecho privado, como en efecto fue el caso de la compraventa internacional de mercaderías.

Y es que con la existencia de este tipo de acuerdos era más que necesaria una figura capaz de regular las obligaciones entre comerciantes, sin embargo debieron pasar varios cientos de años para que ello se consagrara finalmente a través de los actos de comercio en el Código Napoleónico.

En Colombia, los actos de comercio están regulados por el artículo 20 del Código de Comercio que presenta una amplia gama de actividades. Algunos ejemplos son la adquisición de bienes y establecimientos de comercio a título oneroso para su enajenación, la administración, el arrendamiento, las operaciones con títulos-valores, bancarias o del sector asegurador, el corretaje, el transporte de mercancías, la fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes, entre otros actos regulados por este artículo y la normatividad comercial vigente.

De este modo un contrato mercantil es el acto jurídico que tiene como objeto un acto de comercio, y en el que confluyen dos o más voluntades con vocación comercial para dar, hacer o no hacer. No en vano el Código de Comercio define en su artículo 864 al contrato en un sentido más amplio que el Código Civil, al catalogarlo como un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Son, pues, dos nuevos elementos a tener en cuenta sobre el contrato civil: el objeto del contrato y la calidad de las partes, que o bien deben confluír, o bien deben estar presentes de forma separada. De tal modo adicionalmente a las obligaciones mismas que derivan de estos contratos surgen otras como el registro ante una Cámara de Comercio o los libros de contabilidad, además de las respectivas cargas tributarias, financieras, sanitarias, etc., que son asignadas en función del tipo de actividad que se desarrolle.

Ahora bien, adentrándonos en el contrato internacional conviene explicar que a pesar que conserva la esencia del contrato civil y mercantil, existe una marcada tendencia a imponer ciertas restricciones a la autonomía de la voluntad para obligarse en distintos ámbitos en los que llega a adjudicarse un papel autorregulador respecto a la ley (Uzal, 2007, p. 287) gracias a la implementación de acuerdos internacionales y regionales, costumbres, normatividad uniforme, cláusulas modelo o prácticas uniformes, entre otros instrumentos internacionales.

Un primer criterio que enmarca un contrato internacional, es el de la nacionalidad como tributo jurídico que vincula un individuo a un Estado. Cabe resaltar que no es preciso que una o ambas partes sean extranjeros para que el contrato tenga vocación internacional, en tanto si confluyen los requisitos del contrato en su concepción clásica, el contrato será civil o mercantil aunque las partes tengan esta condición. De igual manera ocurre con la residencia, tampoco influye como criterio determinador por la misma razón que la nacionalidad.

Otro factor auxiliar de este criterio es el domicilio o establecimiento, el cual se encuentra dentro de la órbita del contrato internacional para remitir la controversia contractual a un juez, salvo estipulación en contrario. Se trata, para Fernández de la Gandra y Calvo-Caravacca (1995, p. 570), de la instalación en la que una parte ejerce sus negocios con cierta duración, estabilidad, y determinadas competencias para dedicarse a sus negocios. Presupuesto esto, cuando uno de los contratantes tenga fijado su domicilio o establecimiento en un país diferente al propio, es claro que estamos ante un acuerdo con vocación internacional.

A la par de lo anterior, el contrato internacional responde además a tres criterios guía, a saber (i.) que exista una movilidad o intercambio de capitales por fuera de las fronteras nacionales; (ii.) que tenga interés en el comercio internacional de bienes o servicios; y (iii.) que incluya normas internacionales, bien de otros estados o bien normas de armonización.

En relación a la normatividad aplicable, una primera reflexión nos lleva a afirmar que éste es uno de los ejes cardinales en el proceso de negociación previa a la celebración del contrato. Su importancia radica en las ventajas o desventajas que se puede tener de antemano respecto a la prestación que debe ejecutarse. Como regla general, la libre autonomía de la voluntad le permite a las

partes acogerse al derecho de un determinado país en función de una posible controversia, empero cuando no se logra un acuerdo sobre este punto debe indagarse en cada caso si se acordó o no una cláusula de sujeción arbitral.

Si la hay, serán los árbitros quienes deben escoger la normatividad aplicable, en cambio, si no la hay es el juez escogido quien aplicará la normatividad de su país. En cuanto a la ley aplicable, en caso de optar por no permitir que un juez o árbitro la escoja, pueden las partes regular su contrato escogiendo la ley que mejor se ajuste a sus necesidades y expectativas.

Una última reflexión sobre las fronteras que delimitan la contratación internacional de la civil y mercantil, nos lleva a analizar sus fuentes. Para lo cual, en un primer escenario nos situamos en la *lex mercatoria* como un sistema de normas que progresivamente ha alcanzado cierto reconocimiento y fuerza vinculante para dirimir controversias en materia comercial internacional.

Su aplicación, se da conjuntamente con la autonomía material, plasmada en el consentimiento de asignarle a la contratación internacional una serie de disposiciones propias, estandarizadas y ajustadas en la práctica a vías tales como los usos y costumbres internacionales, los contratos tipo, las fórmulas contractuales, las condiciones generales de contratación e incluso a los mismos *Incoterms*, entre muchas otras.

Por lo demás, es ineludible reseñar la *lex mercatoria* encuentra su fundamento en las convenciones internacionales, gracias a un tipo de jurisdicción *sui generis* que es respaldado por los tribunales de arbitraje o los amigables compondores. Incluso, si se quiere, se puede afirmar que esta fuente es en realidad un sistema normativo autónomo, compuesto por sus propias prácticas y reglas, siempre cambiantes en función de las exigencias de una sociedad cada vez más globalizada.

A diferencia de la *lex mercatoria* que busca establecer reglas generales, los principios como fuente en la contratación internacional, y de manera especial los Principios UNIDROIT, son utilizados por la jurisprudencia -cuyos precedentes son también una fuente de la contratación internacional- como instrumentos interpretativos, a partir de la libertad para determinar el contenido del contrato, y gracias a su carácter uniforme sobre una base de derecho comparado.

Respecto a los tratados internacionales como fuente de la contratación internacional en sentido estricto, no existe en la actualidad un consenso doctrinal dado que son normas de derecho internacional que al sobreponerse al derecho interno de cada Estado, los vinculan siempre que decidan adoptarse en cada caso en concreto.

Desde luego es una situación que se resuelve en función de sus intereses propios, así a mediano o largo plazo sea el eje motor de la globalización el que

termine creando un estado de necesidad de apertura a nuevos mercados, obligándoles a acogerse a disposiciones previamente negociadas. Ésta es una situación que suele presentarse con los tratados que buscan armonizar la normatividad en materia de comercio internacional, aunque no obstante, y a estos efectos, la Convención de Viena de 1980 en su artículo 38 establezca que de un tratado internacional se generan normas de obligatoria aplicación a través de la costumbre.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo (1988). *Teoría de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur
- Brugi, Biaggio (1946). *Instituciones de Derecho Civil*, México: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana
- Cariota-Ferrara (1956). *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Aguilar., citado en: Albadalejo, Manuel (1972). *Instituciones de derecho civil*. Tomo III; Barcelona: Bosch
- Castán Pérez-Gómez, Santiago (2006). *"Conditio iuris" y "tacita conditio": las condiciones implícitas en el derecho privado romano*. Madrid: Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos
- Couture, Eduardo (1997). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediciones De Palma
- Cubides-Camacho, Jorge (1999). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana
- De Castro-Bravo, Federico (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas
- Espejo Lerdo de Tejada, Manuel (1999). *La sucesión contractual en el código civil*. Sevilla: Universidad de Sevilla
- Fernández De La Gandara, Luis., Calvo Caravacca, Alfonso (1995). *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid: Tecnos
- Gherzi, Carlos (1994), *Contratos civiles y comerciales*, Tomo I. Buenos Aires: Astrea
- Hinestrosa, Fernando (1969). *Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Lacruz-Berdejo, José Luis., Luna-Serrano, Agustín., Delgado-Echeverría, Jesús., Rivero-Hernández, Francisco. (1987). *Derecho De Obligaciones: Teoría General del Contrato*. Barcelona: Bosch

- Peña-Nossa, Lisandro (2006). *De los contratos mercantiles. Nacionales e internacionales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia
- Pothier, Robert (1947). *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya
- Ramírez, Carlos (1899). *La nulidad absoluta*. Bogotá: Imprenta de Vapor: Plaza de Bolívar
- Rangel, Juan Antonio., Sanromán-Aranda, Roberto (2007). *Derecho de Los Negocios, Tópicos Del Derecho Privado*. México D.F.: Cengage Learning Editores
- Uzal, María Elsa (2007). *Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales*, en: Etcheverry, Raul. *Derecho de los Negocios. Tomo II*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires
- Valencia-Zea, Arturo., Ortiz-Monsalve, Álvaro (2004). *Derecho Civil - Personas Tomo I*. Bogotá: Temis
- Valencia-Zea, Arturo., Ortiz-Monsalve, Álvaro (2004). *Derecho Civil - Obligaciones Tomo III*. Bogotá: Temis