

PROYECTO PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS
DE DERECHO DE LOS CONTRATOS
INFORME COLOMBIA

Junio - 2010

La resolución de este cuestionario estuvo a cargo de docentes
de la Universidad del Rosario y de la Universidad Externado de Colombia

Eliminado: , conjuntamente,

1. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

PREGUNTA 1

Indique la forma en que se encuentran recogidos:

- a) la buena fe,
- b) la autonomía de la voluntad,
- c) la fuerza obligatoria y
- d) el efecto relativo de los contratos en el *Código Civil*.

Refiérase, además, a la opinión dominante de la doctrina nacional (¿se trata de principios generales del Derecho?) y de las decisiones judiciales. Indique, finalmente, qué instituciones o figuras propias del Derecho de los Contratos se justifican explícitamente en estos principios.

Comentario [T1]: Las palabras finalmente y explícitamente están en el cuestionario base para todos los grupos.

A) EN RELACIÓN CON LA BUENA FE.

1. Consagración normativa del principio de buena fe

En materia objetiva

Fue consagrado de manera expresa en el *Código Civil* colombiano de 1887 sobre el modelo del *Código* chileno, en el que Andrés Bello, a diferencia del *Código* francés, que trata lo atinente a la ejecución de buena fe y a la integración del contrato en disposiciones separadas, no sólo los reúne en un mismo texto en el art. 1603, en el que dispone: “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, sino que los conjuga en una relación de dependencia utilizando la expresión “y por consiguiente”, con lo que hace derivar de la buena fe la necesidad de integrar el contrato, no sólo con lo expresamente pactado sino con todos aquellos deberes que emanan “precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. El *Código de Comercio* de 1971 lo recoge en el art. 871 en lo relativo a la ejecución e integración de los contratos, adicionando la integración con lo atinente a la costumbre y a la equidad natural y alude en el art. 863 a su aplicación en el período precontractual. Con la reforma constitucional de 1991, el principio de buena fe ha sido elevado a precepto constitucional en

Eliminado: expresamente

Eliminado: directamente

Comentario [T2]: Esta expresión aparece en el *Código Civil* colombiano

Comentario [T3]: No puede ser cambia es transcrita del *Código*

Eliminado: igualmente

Eliminado:

Eliminado: expresamente

Eliminado: Adicionalmente, c

el art. 83, que dispone: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. Otras disposiciones de carácter legal recogen de manera expresa el deber de respetar el principio de buena fe en materia societaria, financiera, bursátil, de competencia, de consumidor, de servicios públicos domiciliarios, entre otros.

En materia de buena fe subjetiva

La regla general se consagra en el *Código Civil*, en el art. 768, que la contempla respecto de la prescripción adquisitiva, identificando la buena fe con la “conciencia”, la cual, al tenor de la norma, se presume. Otras aplicaciones de la buena fe subjetiva en el *Código Civil* se encuentran en la adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales (art. 947), en la resolución de contratos cuya condición resolutoria no ha sido publicitada (art. 1548), en los negocios simulados frente a terceros (art. 1766), en los pagos realizados a un falso acreedor (art. 1634), en los negocios celebrados con el heredero putativo a quien por decreto judicial se haya otorgado la posesión efectiva de bienes de la herencia (art. 766). En materia comercial, la buena fe subjetiva encuentra aplicación expresa en el art. 834 del *Código de Comercio*, relativo a los presupuestos de este tipo de buena fe cuando se actúa por medio de mandatario y en el caso de nulidad de contratos frente a terceros de buena fe (art. 105).

2. Instituciones o figuras propias del Derecho de los Contratos que se justifican explícitamente en el principio de buena fe

Comentario [T4]: Considero que esta palabra está bien empleada aquí

Es fuente de obligaciones contractuales¹, entre ellas: cumplimiento de las prestaciones con lealtad y honestidad²; prohibición de maniobras deshonestas en el ámbito de la competencia comercial³; prohibición de realizar un malintencionado cumplimiento meramente formal de los términos del contrato⁴; deber de información que se deben las partes⁵, deber de diligencia⁶, prohibición del abuso

¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 9 de agosto de 2000.

² Sentencias de la Corte Constitucional, C-865/04 ([esta es la forma oficial de citar las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana](#)) de 7 de septiembre de 2004; C-544 de 1 de diciembre de 1994 y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, de 23 de junio de 1958.

³ Sentencia de la Corte Constitucional, de 28 de octubre de 1993.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 17 de marzo de 2003.

⁵ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de octubre de 1995, 4 de abril de 2001 y 2 de agosto de 2001.

⁶ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de octubre de 1995 y 2 de agosto de 2001 y de la Corte Constitucional, C-054-99 de 3 de febrero de 1999.

del derecho como regla que emana del principio⁷ y en particular del abuso del poder de negociación⁸, preservación del equilibrio contractual⁹, responsabilidad por *culpa in contrahendo*¹⁰, omisión del deber de diligencia del asegurador en el establecimiento del riesgo a pesar de la reticencia del asegurado¹¹, deber de claridad en los términos del contrato con mayor énfasis en los contratos de adhesión¹², deberes de cooperación con la contraparte¹³, de honestidad y de respeto a un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres¹⁴, deberes que atañen ~~al carácter sinalagmático del principio~~ que implica no sólo la preservación del equilibrio de los intereses de las partes sino, también, la exigencia de reciprocidad¹⁵, que se evidencian como sustento de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la acción resolutoria¹⁶, prohibición de exoneración directa o indirecta de las obligaciones contractuales esenciales y de enriquecimiento sin causa¹⁷; fundamento de la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium*, teoría de los actos propios o protección de la confianza legítima, que como manifestación del principio de buena fe, ha procedido a aplicar en materia contractual en diversas oportunidades¹⁸: así lo ha hecho al señalar que la conducta de una parte, que entiende surtidos los requisitos para obligarse en una relación contractual la vincula, imposibilitándole defraudar la confianza generada en la contraparte al pretender ~~posteriormente~~ desconocer el contrato alegando la omisión de alguno de tales requisitos¹⁹; al igual que al manifestar que la voluntad de renunciar a la exigencia de la prestación en los términos ~~inicialmente~~ convenidos, impide que ~~Juego~~

Eliminado: igual~~mente~~

Comentario [T5]: Considero que está bien empleada

Comentario [T6]: Considero que está bien empleada

Eliminado: posterior~~mente~~

⁷ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 19 de octubre de 1994, 9 de agosto de 2000 y 2 de febrero de 2001.

⁸ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, de 9 de agosto de 2000 y 19 de octubre de 1994.

⁹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de 19 de octubre de 1994, 9 de agosto de 2000 y de la Corte Constitucional, T-321 de 1 de abril de 2004. [\(esta es la forma oficial de citar la sentencias de Tutela de la Corte Constitucional colombiana\)](#)

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 27 de marzo de 1998.

¹¹ Sostiene la Corte Suprema de Justicia que, conforme a la buena fe, el deber de información en el contrato de seguro impone diligencia de la aseguradora: sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria, de 19 de mayo de 1999, N° 4923-99; asimismo, la Corte Constitucional señala de manera expresa que la buena fe implica diligencia.

¹² Sentencias de la Corte Constitucional, T-105 de 24 de marzo de 1998 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 12 de diciembre de 1936.

¹³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 8 de mayo de 2003.

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de junio de 1958.

¹⁵ Laudo arbitral de 11 de octubre de 2001, que decidió la controversia suscitada entre Andino Capital Markets S. A. Comisionista de Bolsa en liquidación contra Interamericana de Seguros S. A.

¹⁶ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 29 de febrero de 1936, 23 de septiembre de 1938 y 11 de octubre de 1977.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 12 de diciembre de 1936.

¹⁸ Sentencias de la Corte Constitucional, C-478-98 y C-836/2001 de 9 de agosto de 2001.

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, de 28 de febrero de 2000.

se pretenda pedir su cumplimiento en tales términos²⁰; asimismo, el mencionado deber de coherencia hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido²¹; el comportamiento de una de las partes en la etapa pre-contractual la vincula, obligándola a preservar la confianza generada en la contraparte²²; además de que el retardo desleal en el ejercicio de un derecho vincula y, en cuanto tal, obliga a preservar la confianza justificada de la contraparte en que el titular no hará uso de tal derecho²³; el otorgamiento de paz y salvo por error en la liquidación de un crédito, que una vez revisado pone en evidencia la existencia de saldos pendientes a cargo del deudor, no permite al banco desconocer sus propios actos²⁴. La buena fe es criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo²⁵, sin que la interpretación se reduzca a la búsqueda de la común voluntad de las partes²⁶.

3. La posición dominante de la doctrina es la del reconocimiento del carácter de principio de la buena fe.

En este sentido, Fernando Hinestrosa²⁷, Martha Lucía Neme²⁸, Ernesto Rengifo²⁹, Felipe Navia Arroyo³⁰, Andrés Ordoñez³¹, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo³², William Namén Vargas³³.

²⁰ Laudo arbitral de 24 de octubre de 2002, proferido por el Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá.

²¹ Laudo arbitral de 17 de marzo de 2004, proferido por el Tribunal de Arbitramento de Multiphone S.A. contra Bellsouth Colombia S.A.

²² Sentencia del Consejo de Estado, de 10 de septiembre de 1992.

²³ Laudo arbitral de 10 de julio de 2000, proferido por el Tribunal de Arbitramento para resolver la controversia surgida entre la sociedad demandante Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A. y la Nación - Ministerio de Comunicaciones.

²⁴ Sentencias de la Corte Constitucional, de 17 de junio de 2004, T-295 de 1999 y T-083 de 2003.

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional, T-190164 de 4 de mayo de 1999.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de febrero de 2005 y 14 de agosto de 2000.

²⁷ Fernando HINESTROSA, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”; Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*; Fernando HINESTROSA, “Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?”, 111 (la revista está disponible en: www.uexternado.edu.co/derechoprivado).

²⁸ Martha Lucía NEME VILLARREAL, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”; Martha Lucía NEME VILLARREAL, “Venire contra factum proprium”, tomo III; Martha Lucía NEME VILLARREAL, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”; Martha Lucía NEME VILLARREAL, “La presunción de buena fe en el código de Bello: una regla cuya tergiversada aplicación desnaturaliza el principio” y también en *Revista de Derecho Privado*, N° 18, Bogotá, 2010; Martha Lucía NEME VILLARREAL, “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”; Édgar CORTÉS, Milagros KOTEICH y Martha Lucía NEME VILLARREAL, “Formalismo negocial romano y neoformalismo, ¿fundamento del sistema o protección de la parte débil?”.

²⁹ ERNESTO RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*.

- Eliminado: s
- Eliminado: s
- Eliminado: de la Universidad Externado
- Eliminado: e
- Eliminado: n
- Eliminado: disponible
- Eliminado: s libremente en la página web de la universidad; para el caso de la Revista de Derecho Privado
- Eliminado: :

4. Posición de la jurisprudencia en materia de buena fe

La jurisprudencia reconoce a la buena fe el carácter de principio general del Derecho. Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencias: T-487 del 11 de agosto de 1992, C-865/04 del 7 de septiembre de 2004, T-2047 del 11 de agosto de 1992, T-075 del 7 de febrero de 2002. Además, otorga a los principios generales, entre ellos la buena fe, el carácter de normas de derecho sustancial que poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas: Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencias de casación del 20 de mayo de 1936 y 7 de octubre de 2009. Por vía jurisprudencial se reconocen como emanados de la buena fe múltiples deberes ya enunciados.

B) EN RELACIÓN CON LA FUERZA VINCULANTE

1. Consagración normativa de la fuerza vinculante

El art. 1602 del *Código Civil* reza: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”; y el art. 846 del *Código de Comercio* dispone, por su parte, la irrevocabilidad de la oferta una vez comunicada, así como la preservación de la fuerza obligatoria de la propuesta, aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria. La vinculación se deriva no sólo de la conducta activa sino de la pasiva: representación aparente (art. 842 del *Código de Comercio*), actos propios (arts. 1603 y 2270 del *Código Civil*).

2. Posición de la jurisprudencia

La jurisprudencia no le reconoce valor de principio, sino de regla emanada de la buena fe³⁴, es la buena fe la que impone el respeto por la firmeza de los acuerdos y la vinculación a los mismos (*pacta sunt servanda*)³⁵.

³⁰ Felipe NAVIA ARROYO, *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur. Homenaje a Fernando Hinestrosa, treinta años de rectorado*, tomo II, p. 213. [Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.](#)

³¹ Andrés ORDOÑEZ, “Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro. Y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro”, pp. 75-114. [Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.](#)

³² Carlos Ignacio JARAMILLO, “La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera de los contratos”, p. 276. [Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.](#)

³³ William NAMÉN VARGAS, “Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria”, p. 31. [Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.](#)

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 9 de agosto de 2000.

3. Instituciones o figuras propias del Derecho de los Contratos que se justifican ~~explícitamente~~ en la fuerza vinculante

Comentario [T7]: Considero que está bien empleada

Ellas son: prohibición de modificación unilateral de las prestaciones convenidas por las partes³⁶; la buena fe no tolera que la vinculación sea entendida como simple respeto formal de la palabra empeñada según el tenor literal del pacto convenido, la vinculación se valora como una concepción sustancial, conforme a la cual, no basta el cumplimiento literal de ~~las obligaciones~~ asumidas, sino que ~~implica~~, además, ~~asumir~~ en el cumplimiento del propio ~~compromiso~~ un comportamiento leal, propio de una persona honesta, que observe los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes, todo lo cual puede conducir a una interpretación de las obligaciones derivadas del contrato en términos que se aparten de la literalidad del mismo³⁷.

Eliminado: los ~~compromisos~~

Eliminado: o

Eliminado: ~~comporta~~

Eliminado: ~~adoptar~~

C) EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

1. Consagración normativa de la autonomía

Ni el Código Civil ni el Código de Comercio contienen una norma general sobre la autonomía contractual, pero sí sobre sus aplicaciones. Libertad para celebrar un contrato y determinar el contenido: arts. 1495 del C.C. y 864 del C.Co. (definición de contrato como convención), arts. 1502-2 (el consentimiento libre de vicio es requisito para obligarse), 1501 del C.C. y 1501 del C.Co. (libertad de modificar elementos accidentales y de la naturaleza de los contratos); la libertad en relación con el contenido de los contratos encuentra limitación en la exigencia de preservar los elementos esenciales del tipo: art. 1501 del C.C.; libertad de forma: art. 824 del C.Co. (la consensualidad como regla general, los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco, salvo excepciones de ley), art. 826 del C.Co. (cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores, y además, la ley N° 527 de 1999 le dio validez jurídica a los mensajes electrónicos de datos y a la firma electrónica por lo que la oferta y su aceptación pueden ser expresadas usando estos medios electrónicos de datos), la libertad de forma se

Comentario [T8]: Así aparece en el Código de Comercio

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional, SU-039-98 de 19 de febrero de 1998. (Es la forma oficial de citar Sentencias de Unificación de la Corte Constitucional colombiana)

³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, T-793 de 23 de agosto de 2004; sentencia del Consejo de Estado, de 7 de octubre de 2004.

³⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 17 de marzo de 2003; sentencia de la Corte Constitucional, C-865/04 de 7 de septiembre de 2004.

extiende a la promesa comercial de contrato que es consensual (art. 861 del C.Co.), a diferencia de la civil que exige que sea solemne (art. 1611 del C.C., subrogado por el art. 89 de la ley N° 153 de 1887); conservación del contrato: art. 1.620 del C.C.; libertad de crear nuevos tipos contractuales: art. 1502 del C.C. (señala como requisitos para obligarse la capacidad, el consentimiento libre de vicio, que los contratos contengan objeto y causa lícitos y no incluye exigencia de adoptar una de las formas típicas de contratación), 1602 del C.C., que dispone que todo contrato obliga, con la única exigencia de que sea legalmente celebrado. Por otra parte, se contemplan diversas reglas que limitan la autonomía contractual: prohibición de abuso del derecho (art. 830 del C.Co.); excesiva onerosidad sobreviniente (art. 868 del .Co.), lesión enorme (art. 1947 del C.C.) y, en general, las derivadas de la buena fe, cuya preeminencia se reconoce sobre la autonomía, entre las que se destacan las de interpretación que limitan la autonomía contractual y que la deslindan de la mera conformidad al texto del contrato: interpretación conforme a la intención común de las partes: art. 1618 del C.C.; interpretación contra el estipulante: art. 1.624 del C.C.; interpretación por el comportamiento de las partes: art. 1622 del C.C.; interpretación atendiendo a las negociaciones previas: arts. 1603 del C.C. y 863 del C.Co.

Comentario [T9]: Así aparece en el Código Civil

2. Posición de la jurisprudencia y la doctrina entorno al carácter de principio de la autonomía contractual

La jurisprudencia y la doctrina le reconocen el carácter de principio³⁸, por virtud del cual es posible crear nuevos tipos contractuales³⁹ y realizar pactos de exclusividad que se consideran válidos en principio, pues el pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado⁴⁰, pero cuyo ejercicio en términos de libertad o no de contratar no puede tener como fundamento la discriminación⁴¹ y se encuentra limitado fundamentalmente por principios como el de la buena fe: limitación de la autonomía contractual por motivos de interés social, de orden público, por un empeño de amparo de los individuos y en guarda de la equidad⁴². Prevalencia de la naturaleza del acto sobre la disposición de autonomía que contradice tal naturaleza⁴³; se entiende limitada la autonomía en los casos de abuso del derecho a no contratar⁴⁴, la autonomía contractual cede ante el libre acceso a servicios del sector financiero⁴⁵, la

Comentario [T10]: Considero que está bien empleada

Comentario [T11]: Considero que está bien empleada

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de diciembre de 2009; 25 de agosto de 2009; 8 de septiembre de 2004; 25 de abril de 2006 y 14 de junio de 2000.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de octubre de 2001.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Constitucional, C-535 de 23 de octubre de 1997.

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional, T-1165 de 6 de noviembre de 2001.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 20 de abril de 1940.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 25 de junio de 1992.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 31 de marzo de 1998.

autonomía contractual se ampara en una consideración de igualdad formal de las partes en los negocios privados, por lo que esta postura resulta discutible cuando se presentan situaciones de desigualdad en las condiciones de negociación⁴⁶; la facultad de terminación unilateral de una relación de origen contractual no puede considerarse absoluta, ya que se encuentra limitada por la necesidad de salvaguardar el orden jurídico, la prevalencia del interés público, las exigencias éticas derivadas de la buena fe, los derechos de los terceros y la prohibición de no abusar de los derechos propios⁴⁷. No es posible que el deudor que ostenta posición dominante restrinja el alcance de sus obligaciones invocando o valiéndose de cláusulas ambiguas o generales como, por ejemplo, aquéllas que dicen excluir todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias en materia de prestación de servicios médicos⁴⁸.

La doctrina considera como principio a la autonomía: Fernando Hinestrosa⁴⁹, Edgar Cortés⁵⁰, Felipe Navia Arroyo⁵¹, Pablo Andrés Córdoba⁵², Martha Lucía Neme⁵³.

Eliminado: Finalmente, l

3. Instituciones propias del derecho de contratos que se encuentran sustentadas en la autonomía

Estas instituciones son: libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, libertad de forma, consensualidad como regla general, conservación del contrato, libertad de crear nuevos tipos contractuales.

2. REGÍMENES LEGALES DEL CONTRATO

PREGUNTA 2

Señale los principales cuerpos normativos de carácter legal que contienen una regulación más o menos sistemática del contrato

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional, T-515421 de 5 de junio de 2003.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, T-740383 del 8 de marzo de 2004.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional, T-515421 del 5 de junio de 2003.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional, T-152/06 del 27 de febrero de 2006.

⁴⁹ Fernando HINESTROSA, "Autonomía privada y negocio Jurídico. Función, límites y cargas de la autonomía privada"; Fernando HINESTROSA, "Contenidos y efectos del negocio jurídico", p. 115; Fernando HINESTROSA, "Reconocimiento del contrato y legitimidad de sus efectos"; Fernando HINESTROSA, "Contratos preparatorios. El contrato de promesa", p. 33. Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.

⁵⁰ Edgar CORTÉS, *Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual (el ejemplo de las cláusula abusivas)*.

⁵¹ Felipe NAVIA ARROYO, "Consentimiento informado y responsabilidad civil médica", p. 157. Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.

⁵² Pablo CÓRDOBA, "La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades", p. 155. Es el número de página, puede cambiarse por la abreviatura que consideren.

⁵³ NEME VILLARREAL, (n. 28).

1. *Código Civil* de 1887: libro cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”.
2. *Código de Comercio* de 1971: libro cuarto “De los contratos y obligaciones mercantiles”.
3. Decreto N° 3.466 de 2 de diciembre de 1982, denominado Estatuto del Consumidor, por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.
4. Ley N° 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se establece el contrato de condiciones uniformes de los servicios públicos domiciliarios: título II “Régimen de actos y contratos de las empresas”.
5. Proyecto de ley N° 351 de 2009 Cámara y 082 de 2008 Senado, Estatuto para la Defensa del Consumidor (pendiente del último debate), por medio del cual se actualiza el Estatuto 3466 de 1982.
6. Acuerdo 11 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión, por el cual se establece el contrato de condiciones generales televisión por suscripción.
7. Ley N° 1328 de 2009 por medio de la cual se establece el régimen de protección al consumidor financiero.
8. Decreto N° 806 de 30 de abril de 1998, por el cual se establece el régimen aplicable al contrato medicina pre-pagada.
9. Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio, N° 10, de 19 de julio de 2001: protección al consumidor en general y de los consumidores que adquieren servicios mediante sistemas de financiación (título II). Régimen de protección contractual a los usuarios de servicios de telecomunicaciones no domiciliarios (telefonía celular), título III.
10. Ley N° 555 de 2 de febrero de 2000, por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal y se dicta el régimen de protección al usuario.
11. Resolución N° 1732 de 2007 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por la cual se expide el régimen de protección de los derechos tanto de los suscriptores como de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.
12. Resolución N° 380 de 2006 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por la cual se señalan criterios generales, de acuerdo con la ley, sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Eliminado: PCS

13. Resolución N° 108 de 1997 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, ~~relativos a la facturación, comercialización y demás asuntos sobre la relación~~ entre la empresa y el usuario.

Eliminado: en relación con

Eliminado:

Eliminado: relativos

Eliminado: a

14. Circular básica jurídica N° 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, que regula aspectos significativos de los contratos de cuenta corriente, arrendamiento financiero, mutuo bancario, cambio de divisas, reglas relativas a la protección de los usuarios de las operaciones de cobertura de créditos individuales de vivienda a largo plazo, protección de los usuarios de las operaciones de *leasing* habitacional, servicios financieros prestados por los establecimientos de crédito a través de corresponsales (título III), contratos realizados con entidades administradoras de pensiones y cesantías (título IV), contratos con sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito y fondos ganaderos (título V), contratos de capitalización, seguros e intermediarios (título VI), contratos con entidades cooperativas (título VII), administración y gestión de carteras colectivas (título VIII), contratos de intermediación en el mercado de valores (título IX).

3. FORMACIÓN DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

PREGUNTA 3

¿En qué cuerpo(s) normativo(s) se encuentra regulado el proceso de formación del consentimiento?

En el Derecho colombiano, el régimen general de la formación del consentimiento se encuentra en el capítulo III, título I del libro IV del *Código de Comercio*. Tratándose de relaciones de consumo existen reglas especiales contenidas en el decreto N° 3.466 de 1982, conocido como el Estatuto de Protección al Consumidor. Finalmente, para las compraventas internacionales rigen las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y Operaciones Conexas, firmada y ratificada por Colombia el 10 de julio de 2001 y que entró en vigor el 1 de agosto de 2002 con la ley N° 518.

Eliminado: CISG, International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions, o

Eliminado: ;

Eliminado: Convención de las Naciones Unidas

PREGUNTA 4

Para revisión

- ¿Existe una regulación especial tratándose de
- tanto de condiciones generales como contratos por adhesión y
 - contratos electrónicos?

En el Derecho colombiano, a partir de los principios generales de los contratos contenidos en el *Código Civil* y aplicados por la Corte Suprema de Justicia, se han promulgado algunas leyes especiales

- sobre condiciones generales y contratos de adhesión
- la formación del contrato por medios electrónicos y
- contratos de consumo

a. Condiciones generales del contrato y contratos de adhesión

Con fundamento en el artículo 1495 del *Código Civil*, la Corte Suprema de Justicia reconoció la incidencia de los contratos de adhesión dentro del ordenamiento jurídico colombiano⁵⁴. Por ello, si la ejecución del contrato suscita un problema de interpretación derivado de que una de las partes hubiera adherido a las condiciones del contrato establecidas por la otra, este problema es solucionado por la aplicación del artículo 1624 del *Código Civil*⁵⁵. Como consecuencia de estos principios, la doctrina colombiana ha reconocido que la predisposición de condiciones generales por una de las partes, no es por sí misma abusiva⁵⁶, y que, por el contrario, los contratos de adhesión representan una enorme ventaja en razón de la simplificación del proceso de contratación, sobre todo en relaciones de consumo⁵⁷. Tres reconocimientos especiales surgen de esta tendencia. El primero es el de algunos contratos regulados por el *Código de Comercio*, tales como el de suministro,

⁵⁴ “Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aún así, aquélla ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. [...] Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de diciembre de 1970, *M.P.* Guillermo Ospina Fernández, *G.J.* CXXXVI, N° 2334-2336, *Bogotá, 1970*, pp. 183 a 192. *La abreviatura M.P. es usada en Colombia para Magistrado Ponente, podría cambiarse por esas palabras, La abreviatura GJ es usada para Gaceta Judicial.*

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

⁵⁵ Art. 1624 del *Código Civil*: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

⁵⁶ Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO, “La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo, en retos y oportunidades del seguro y del reaseguro en el Nuevo Milenio”, p. 110 y ss.; Alejandro VENEGAS FRANCO, “Evolución y perspectivas de la protección del asegurado”, p. 55 y ss.

⁵⁷ Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, “Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas” *v. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.*

Eliminado: en Jorge PINZÓN SÁNCHEZ

sujeto a regulación gubernamental, y el contrato de seguro, para los que se prevén condiciones generales (artículos 978 y 1047), condiciones que se sujetan a la aprobación de la Superintendencia Financiera; el contrato de transporte terrestre de mercancías, para cuyo perfeccionamiento se ha establecido que se logra “por simple adhesión”, y en los que se remite a la reglamentación oficial del contrato y del funcionamiento de las empresas transportadoras y se restringen las cláusulas limitativas de responsabilidad; el contrato de transporte marítimo tiene también un tipo similar de restricción (artículos 983, 992 y 1628); para el contrato de transporte de personas, el mismo *Código* exige que el contenido y la transferencia del billete expedido por el empresario se sujete a los reglamentos oficiales pertinentes (artículo 1001); y respecto del contrato de transporte aéreo, a falta de regla proveniente de las convenciones internacionales que rigen la materia, el artículo 1875 prevé: “podrán ser regulados por las empresas aéreas de transporte público mediante reglamentación que requiere de aprobación de la autoridad aeronáutica”. El segundo ejemplo es dado por el artículo 79 de la ley N° 300 de 1996, según el cual, el contrato de hospedaje

“es un contrato de arrendamiento, de carácter comercial y de adhesión, que una empresa dedicada a esta actividad celebra con el propósito principal de prestar alojamiento a otra persona denominada huésped, mediante el pago del precio respectivo día a día, por un plazo inferior a 30 días”.

Y el último ejemplo de reconocimiento de las condiciones generales y de los contratos de adhesión basado en esos principios, es el de la ley N° 1.328 de 2009, relativa a la protección del consumidor financiero. De acuerdo con el literal *f* del artículo 2° de esta ley, se entiende por contratos de adhesión aquéllos que fueron

“elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.

De acuerdo con esta definición, el artículo 11 de la misma ley prohíbe a las sociedades que prestan servicios financieros la utilización de cláusulas abusivas en sus contratos. La sanción prevista por el mismo artículo en caso de cláusulas abusivas es la de tenerlas por no escritas respecto del consumidor financiero.

b. Los contratos electrónicos

Los contratos electrónicos se encuentran regulados en la ley N° 527 de 1999. Esta ley le reconoce validez a las ofertas y aceptaciones comunicadas por medio de un mensaje de datos (artículo 14), respetando para ello las reglas de formación del contrato previstas por el *Código Civil* y el *Código de Comercio*; sin embargo, la ley no hace referencia expresa a las condiciones generales ni a los contratos de adhesión celebrados por medios electrónicos.

c. *Derecho del consumidor*

El decreto N° 3466 de 1982 está destinado a regular los efectos que del incumplimiento imperfecto de una obligación se derivan para un consumidor, entendida como la

“persona natural o jurídica que contrata la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”.

La imperfección de dicho cumplimiento resulta de una no idoneidad o de una falla en la calidad del objeto de la obligación contratada; idoneidad y calidad del objeto que se determinan respecto de aquéllas que hayan sido previamente establecidas en un registro por parte del productor o proveedor ante una entidad gubernamental, en general, la Superintendencia de Industria y Comercio. Dicho registro es de carácter público (artículo 4)⁵⁸. Tratándose de servicios financieros y de servicios públicos domiciliarios, las leyes N° 1328 de 2009 y N° 142 de 1994 establecen, respectivamente, los criterios para determinar qué tipo de cláusulas pueden ser consideradas como abusivas. Resta esperar el resultado del debate del proyecto de ley N° 144 de 2009, por el que se pretende actualizar el régimen de protección al consumidor en Colombia, y en el que sí se mencionan las condiciones generales y los contratos de adhesión y hay disposiciones expresas respecto de las cláusulas abusivas.

Comentario [T12]: Considero que está bien empleada aquí

Comentario [T13]: Considero que está bien empleada aquí

Eliminado: expresamente

PREGUNTA 5

Explique brevemente el régimen general de la formación del consentimiento, incluyendo:

- a) requisitos de la oferta,
- b) requisitos de la aceptación,
- c) lugar en que se forma el consentimiento y
- d) momento en que se forma el consentimiento

Comentario [T14]: Esta palabra está en el cuestionario base

⁵⁸ Decreto N° 3466 de 1982, art. 8: “El registro de calidad e idoneidad constituye el documento auténtico proveniente del productor de un bien o servicio, con base en el cual se podrá establecer la responsabilidad por la calidad e idoneidad del bien o servicio, por la garantía mínima presunta del productor y por las marcas, leyendas y la propaganda comercial de los bienes y servicios”.

I. La oferta

Conforme con el artículo 845 del *Código de Comercio*, la oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra. La oferta debe cumplir

- a) con ciertos requisitos
- b) para que produzca efectos.

a. Requisitos

La oferta debe contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario por cualquier medio adecuado para ello, lo cual incluye un mensaje electrónico de datos, según lo dispone el artículo 14 de la ley N° 527 de 1999. De acuerdo con la doctrina, el *Código de Comercio* colombiano rechaza expresamente las teorías de la emisión y de la recepción, y adopta en su lugar la teoría de la comunicación:

Comentario [T15]: Considero que está viene empleada

“el efecto inmediato de la comunicación es el de presumir el conocimiento de la oferta por el destinatario si se ha hecho uso de un medio de transporte que normalmente haga llegar la propuesta al domicilio de aquél... si se trata de persona determinada bastará la comunicación de la oferta de manera que pueda ser posible su conocimiento por ella”⁵⁹.

De allí que en Derecho colombiano lo que prime sea el conocimiento del destinatario. Cuando se trata de una oferta pública, se exige, además, que ésta se ponga en conocimiento del público. En consecuencia, la oferta debe ser comunicada a través de canales eficaces, esto es, por todos los medios adecuados para que llegue a conocimiento del o de los destinatarios.

b. Efectos

La oferta no es vinculante en tanto no sea comunicada. Por ello, una vez conocida por el destinatario, es irrevocable (artículo 846)⁶⁰. Como consecuencia de dicha irrevocabilidad, la oferta se transmite con la muerte del **oferente** a sus herederos y no caduca cuando el **oferente** incurre en una causal de incapacidad. El artículo 846 agrega, sin embargo, que en caso de ser revocada la oferta, se deberán indemnizar los perjuicios que cause dicha revocación. Para una parte de la doctrina, esta

Comentario [T16]: Aunque aparece dos veces, es necesario que se señale aquí también.

⁵⁹ Gabriel ESCOBAR SANÍN, *Contratos civiles y comerciales*, vol. 2, pp. 442 y 443.

⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 8 de marzo de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXIV, N° 281, **Bogotá**, Legis, mayo de 1995, p. 493.

Eliminado: ciudad

última regla constituye un error de redacción⁶¹, pero para otros, se trata de un simple hecho que era necesario regular como consecuencia de la irrevocabilidad de la oferta⁶². La Corte Suprema de Justicia siempre ha considerado que de la revocatoria de una oferta pueden causarse perjuicios⁶³. No obstante, el artículo en mención no dejó claro cuál era la naturaleza de los mismos. En todos sus fallos la Corte coincide en que la formulación de una oferta no tiene implicaciones contractuales, ya que el contrato no se ha formado⁶⁴, razón por la cual algunos de esos fallos propenden por la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual durante la etapa precontractual⁶⁵; empero, frente al problema específico de determinar cuáles son los perjuicios resultantes de la revocación intempestiva de una oferta, la Corte, y con posterioridad el Consejo de Estado, coinciden en que para ello deben ser aplicadas las reglas del título XII del libro cuarto del *Código Civil*, esto es, las relativas al daño emergente y el lucro cesante (ambas de naturaleza contractual). Llamam estas corporaciones “daño emergente” al

⁶¹ Ricardo URIBE HOLGUÍN, *De las obligaciones y de los contratos en general*, p. 187 y Alberto TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, p. 48.

⁶² ESCOBAR SANÍN (n. 59), pp. 432-433. En el mismo sentido, véase Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, p. 159; 4ª ed., p. 153.

⁶³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de junio de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVIII, N° 213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989, p. 597; perjuicios que guardan armonía con el artículo 863 del *Código de Comercio*: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 8 de marzo de 1995, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXIV, N° 281, Bogotá, Legis, mayo de 1995, 493.

⁶⁴ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de junio de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVIII, N° 213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989, p. 597; de 27 de junio de 1990, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N° 225, Bogotá, Legis, septiembre de 1990, p. 649; de 23 de noviembre de 1989, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N° 217, Bogotá, Legis, enero de 1990, p. 75; de 8 de marzo de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXIV, N° 281, Bogotá, Legis, mayo de 1995, p. 493; de 13 de diciembre de 1997, Expediente, 6775, consultable en www.ramajudicial.gov.co, www.bibliotecajuridica.com.co y de 4 de abril de 2001, Exp. 5716, consultable en www.ramajudicial.gov.co, www.bibliotecajuridica.com.co, visitadas el 12 de enero de 2011.

⁶⁵ “A propósito de la responsabilidad precontractual la doctrina ha concluido que los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato. Por otra parte, también ha considerado la doctrina, que durante el decurso mismo de tales actos, tratos o conversaciones las partes contratantes están ligadas por unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o la ligereza de su contraparte, pues no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo; por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella. De consiguiente, se ha admitido por la aludida fuente, que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (culpa in contrahendo) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose (...): sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de junio de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVIII, N° 213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989, p. 597.

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: :

Eliminado: ciudad

“perjuicio sufrido con los gastos, costos e inversiones efectuadas en la etapa prenegocial que le ha sido perjudicial (interés negativo contractual, es decir, por la no conclusión injustificada del contrato), incluyendo, con fundamento en la equidad reparadora, como lo ha dicho esta corporación en otros eventos, la corrección monetaria por la notoria devaluación sobre dicho monto; y, del otro, el lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener por habersele impedido la especial explotación y rendimiento (incluso financiero) de la suma nominal del gasto o inversión, o por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones ordinarias hechas con fundamento en la perspectiva de aquel contrato proyectado que injustificadamente se frustrara (arts. 822 del C.Co y 1614 del C.C.), todo lo cual debe aparecer debidamente acreditado”⁶⁶.

Sobre este mismo punto, la doctrina tiende a aceptar la naturaleza contractual de los perjuicios resultantes de la revocación de la oferta, y acepta que, incluso, pueda exigirse el cumplimiento *in natura* de la oferta, esto es,

“la ejecución del negocio consensual perfeccionado con la aceptación, o la celebración del negocio solemne o real propuestos, más indemnización de perjuicios (artículo 1546) no obstante aquella retractación”⁶⁷.

Por otro lado, tratándose de una oferta pública, ésta debe contener siempre la fecha de vencimiento de la misma, no permitiéndose su revocación, sino por una justa causa (artículo 857 del *Código de Comercio*). En estos casos, para que la revocación surta efecto, “deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente”. Finalmente, el mismo artículo dispone que la revocación de la oferta pública no producirá efectos

Comentario [T17]: Considero que está bien empleada

⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 27 de junio de 2001, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N° 225, Bogotá, Legis, septiembre de 1990, p. 649. En algunos casos las dificultades de prueba no permiten la indemnización del lucro cesante: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 23 de noviembre de 1989, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N° 217, Bogotá, Legis, enero de 1990, p. 75 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 8 de marzo de 1995, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXIV, N° 281, Bogotá, Legis, mayo de 1995, p. 493. Por otro lado, en el caso de tratarse de la revocación de una oferta de contratar por parte de la administración pública, el Consejo de Estado estima que: “interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban con la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en los propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos u omisiones de la administración”: sentencia del Consejo de Estado (nulidad y restablecimiento del derecho), 4 de marzo de 1991, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XX, N° 233, Bogotá, Legis, mayo de 1991, p. 400; en el mismo sentido, sentencia del Consejo de Estado (nulidad), de 10 de octubre de 1994, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXIII, N° 276, Bogotá, Legis, diciembre de 1994, p. 1.550.

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

Eliminado: ciudad

⁶⁷ ESCOBAR SANÍN (n. 59), pp. 432-433. En el mismo sentido, véase OSPINA FERNÁNDEZ (n. 62), p. 159; 4ª edición (n. 62), p. 153; Antonio ROCHA ALVIRA y Betty MARTÍNEZ CÁRDENAS, *Lecciones de obligaciones de Antonio Rocha Alvira*, p. 47; Vladimir MONSALVE CABALLERO, “Disertación para una nueva construcción en Colombia de la Culpa In Contrahendo”, pp. 50-54.

con relación a la persona o personas que hayan cumplido para esa fecha sus condiciones.

II. La aceptación

El *Código de Comercio* no define la aceptación, pero determina

- a) sus requisitos y
- b) sus efectos.

a. Requisitos

Como se trata de una declaración de voluntad, la aceptación puede ser expresa o tácita, según lo dispone el artículo 854 del *Código de Comercio*. Sin embargo, la aceptación debe ser dada de manera pura y simple, pues si ésta es condicional o extemporánea, será considerada como una nueva oferta, a la que la doctrina denomina una “contra-oferta”. La “contra-oferta” hará necesaria otra aceptación por parte del primer oferente, con el fin de dar nacimiento al contrato. De igual forma, “la aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta” (artículo 855 del *Código de Comercio*)⁶⁸.

b. Efectos

Una vez remitida la aceptación, se presume la recepción por parte del oferente y se entiende formado el contrato, si éste es consensual⁶⁹. Sin embargo, tratándose de contratos solemnes, además de la comunicación de la aceptación, será necesario el cumplimiento de la solemnidad prevista por la ley o exigida por las partes, con el fin de perfeccionar el contrato (artículos 1500 y 1501 del *Código Civil*).

III. Lugar de formación del consentimiento

El *Código de Comercio* colombiano establece que el contrato se “entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”

⁶⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 8 de marzo de 1995, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XXIV, N° 281, Bogotá, Legis, mayo de 1995, p. 493.

⁶⁹ Art. 864 del *Código de Comercio*: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”. En efecto, en este artículo, según la regla del *Common Law* conocida como *mailbox rule*, se presume que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe que la remitió.

Eliminado: ciudad

(artículo 864). El artículo 869 dispone: “la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”. Por otro lado, el artículo 25 de la ley N° 527 de 1999, relativa a la contratación a través de mensajes de datos, prevé:

“de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo: a) si el iniciador o destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.

IV. Momento en que se forma el consentimiento

El momento de la formación del consentimiento depende de la manera cómo la oferta y la aceptación se hayan comunicado,

- a) si fue de manera verbal,
- b) por escrito o
- c) si la propuesta fue comunicada por medios electrónicos.

Eliminado: verbalmente

Eliminado: ,

a. Propuesta verbal entre presentes

Si la propuesta fue verbal, el artículo 850 del *Código de Comercio* exige que sea aceptada “en el acto de oírse” para que el consentimiento se forme. Se asimila a esta forma de declaración la propuesta hecha por teléfono.

b. Propuesta escrita

Si la propuesta se hizo por escrito, el artículo 851 del mismo *Código* establece que deberá

“ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”.

El término de la distancia, prevé el artículo 852 siguiente, “se calculará según el medio de comunicación empleado por el proponente”.

c. Propuesta por mensaje de datos (contrato electrónico)

La ley N° 527 de 1999 distingue dos momentos, el momento en que se entiende enviado el mensaje

de datos (artículo 23) y el momento en que se presume recibido (artículo 24). Sobre el primero, se prevé:

“de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste”.

Sobre el segundo, y también en ausencia de disposición expresa entre el iniciador y el destinatario del mensaje,

“el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción del mensaje de datos, 1. en el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado; o 2. De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; b) si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario”.

Y agrega el artículo 24 que lo allí dispuesto “será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje de datos”, conforme con lo establecido en el artículo 25 transcrito.

Eliminado: , anteriormente tr

PREGUNTA 6

Refiérase al retiro unilateral de las negociaciones y a los deberes precontractuales de información, señalando: a) ¿existen reglas legales que disciplinen expresamente estas dos figuras?, y b) ¿resulta posible extraer de las decisiones de los tribunales criterios que permitan determinar bajo qué condiciones el retiro unilateral de las tratativas preliminares o la falta de suministro de información configuran supuestos de responsabilidad civil?

Comentario [T18]: Así aparece en el cuestionario base para todos los grupos.

Existe en el *Código de Comercio* colombiano un principio general de responsabilidad precontractual que cubija las hipótesis de retiro unilateral de las negociaciones y permite la creación de deberes precontractuales de información. Este principio general es, a su vez, el complemento de tres reglas especiales de responsabilidad precontractual previstas en el *Código Civil*. Veremos primero:

- a) las reglas civiles y comerciales que disciplinan la responsabilidad precontractual en Colombia y
- b) los criterios que de ellas han deducido los tribunales.

Para revisión

a) Reglas civiles y comerciales que disciplinan la responsabilidad precontractual en Colombia

A partir:

1) de tres hipótesis civiles previstas dentro de las reglas de los vicios del consentimiento

2) se estableció el principio general de responsabilidad precontractual en el *Código de Comercio*.

1. Hipótesis civiles

En Colombia existen tres hipótesis especiales de responsabilidad precontractual en el *Código Civil*; de éstas, dos hacen parte de la regulación de los vicios del consentimiento, dentro del título II del libro cuarto del *Código Civil*, sobre los actos y declaraciones de voluntad, y la tercera se encuentra en el capítulo II, de las obligaciones del arrendador, del título XXVI sobre el contrato de arrendamiento. La primera disposición concierne el error en la persona del contratante (artículo 1512)⁷⁰. La segunda, se refiere a la responsabilidad fundada en el dolo que no es determinante del consentimiento (artículo 1515)⁷¹. ~~Por último~~, la tercera, especial de responsabilidad precontractual, sanciona el error cometido por una de las partes del contrato de arrendamiento, el cual la ha conducido a creer que iba a poder entregar la cosa cuando, en realidad, no se encontraba en capacidad de hacerlo (artículo 1983)⁷². La existencia de estas hipótesis especiales en el régimen civil ha servido para entender el principio general de responsabilidad precontractual establecido en el *Código de Comercio*, en 1971⁷³.

Eliminado: Finalmente.

⁷⁰ Art. 1512 del *Código Civil*: “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 erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”.

⁷¹ Art. 1515 del *Código Civil*: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

⁷² Art. 1983 del *Código Civil*: “Si el arrendador por el hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios. Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito”.

⁷³ “Luego la mención que efectúa el primer inciso del artículo glosado: ‘...según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador’, no es indicativa de un límite o confín legal, porque como también se expresa en la parte final del mismo inciso, la trascendencia de las inexactitudes o de las reticencias se medirá en función de la actitud negocial que éste hubiera asumido, de haber estado debidamente informado, lo que permite aseverar, si de fijar confines se trata, que él está dado por la celebración del contrato viciado, que es el punto de referencia -temporal- ahijado por este inciso -momento crucial y definitorio-. Por ello es por lo que esta carga informativa es considerada como una protolípica ‘carga de duración’ Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en

2. Principio general de responsabilidad precontractual previsto por el *Código de Comercio*

En el capítulo III, del título I del libro cuarto del *Código de Comercio*, el artículo 863 dispone: “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”. A falta de una definición legal de la “buena fe exenta de culpa”, la jurisprudencia suele asimilarla a la buena fe objetiva de la cual pueden deducirse las obligaciones de información, discreción y coherencia a cargo de los negociadores antes y durante la conclusión del contrato, esto último fundado en el artículo 871 del *Código de Comercio*, según el cual “los contratos deben ser celebrados y ejecutados de buena fe...”. Así, la Corte ha considerado que la buena fe es el antónimo de la mala fe o de la extrema negligencia⁷⁴, la cual obliga a que los futuros contratantes se comporten de manera activa y diligente

“haciendo llegar oportunamente todas las informaciones necesarias, adoptando un comportamiento inequívoco y pertinente y cumpliendo los deberes preparatorios previstos de manera expresa o tácita en la etapa respectiva, lo cual implica que cada parte deberá asumir los gastos del iter contractual”⁷⁵.

La doctrina colombiana coincide con esta tendencia jurisprudencial y ha determinado ciertos criterios para definir la buena fe exenta de culpa: ella implica un comportamiento activo de las partes durante la formación del contrato, esto es, que las partes deben asegurarse de negociar, a través de los medios legítimos, con la convicción de contratar el negocio, la cosa y con la persona adecuada a sus deseos. En conclusión, el artículo 863 establece un principio general de responsabilidad precontractual del cual se derivan para los negociadores ciertos deberes de conducta que son la pauta para deducir el dolo o la culpa del negociador que los incumpla, lo cual haría posible que se le declarara responsable civilmente y, en consecuencia, se le obligara a indemnizar los daños que por su comportamiento indebido haya causado al otro negociador⁷⁶.

Eliminado: o

Eliminado: contratantes

Eliminado: el contrato

Comentario [T19]: Creo que esas palabras repetidas son necesarias, pues no podrían cambiarse por otros sinónimos.

Comentario [T20]: Considero que está bien empleada

conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se cifa a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento”. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 2 de agosto de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 6146 y de 13 de diciembre de 2001, Exp. 6775.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de junio de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVIII, N°213, Bogotá, Legis, septiembre de 1989, p. 597.

⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 27 de junio de 1990, Exp. 239, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

⁷⁶ ESCOBAR SANÍN (n. 59), p. 249 y ss.; MONSALVE CABALLERO, (n. 67), pp. 50-54.

Eliminado: ciudad

(b) Criterios deducidos por los tribunales a partir de la ley que permiten determinar bajo qué condiciones el retiro unilateral de las tratativas preliminares o la falta de suministro de información configuran supuestos de responsabilidad civil

Son muy pocas las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que permiten establecer una línea jurisprudencial en materia de responsabilidad precontractual. Entre las pocas decisiones proferidas, se encuentran como criterios para fundar la responsabilidad, la unilateralidad de la ruptura de la negociación⁷⁷, la falta de suministro oportuno de la información necesitada para contratar⁷⁸, la brusquedad de la ruptura⁷⁹, su falta de justificación⁸⁰ y la incoherencia en el comportamiento del negociador que abandonó la negociación⁸¹.

4. VALIDEZ Y FORMA DE LOS CONTRATOS

PREGUNTA 7

Es frecuente distinguir entre elementos de existencia y de validez de los contratos. Los primeros son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. Los segundos quedan constituidos por la voluntad sin vicios, el objeto lícito, la causa lícita y la capacidad. ¿Resulta correcta esta distinción como una descripción de los elementos del contrato en su país? Si la respuesta es negativa, indique cómo efectuaría la distinción.

En realidad, frente al Derecho colombiano la pregunta no puede ser respondida afirmativamente o, al menos, no en los términos planteados, dado que es necesario hacer la siguiente precisión: debemos tener presente, por un lado, los elementos materiales del contrato y, por el otro, los elementos o presupuestos de validez del mismo.

El tema de los elementos del contrato se presenta en doctrina de diferentes maneras, y en muchos autores dicha presentación no coincide. Así, observamos cómo lo que para unos son elementos, para otros son presupuestos. En la obra de Francesco Messineo encontramos, como

⁷⁷ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de noviembre de 1989, Exp. 2435; de 27 de junio de 1990, Exp. 239, M.P. Pedro Lafont Pianetta; y de 2 de agosto de 2001, Exp. 3561. Véase también: sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 7 de junio de 2001, Exp. 13405.

⁷⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 27 de junio de 1990, Exp. 239. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de noviembre de 1989, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N° 217.

⁸⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 27 de junio de 1990, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, N°225, Bogotá, Legis, septiembre de 1990, p. 649.

⁸¹ *Ibid.*

Comentario [T21]: Creo que está bien empleada

Eliminado: ciudad

elementos esenciales: el consentimiento, la causa lícita, una prestación, la forma- cuando se requiere- y, en ciertos casos, el motivo lícito; para otros autores, dentro de los cuales se ubica la mayoría de la doctrina nacional colombiana, éstos no serían en modo alguno elementos, sino, más bien, presupuestos de validez.

Sin entrar en discusiones conceptuales, conforme con la mayoría, nos inclinamos más por ver, por un lado, los elementos materiales del contrato, que corresponden a la integración de su contenido y, por otro lado, los presupuestos del contrato, que corresponden a lo que en la pregunta se denomina “elementos de existencia y de validez”.

1. Elementos materiales

En el anterior orden de ideas, nos referiremos en primer lugar, a lo que hemos denominado elementos constitutivos o materiales del contrato, diciendo que corresponden a la preceptiva del artículo 1501 de nuestro *Código Civil*, según el cual, en todo contrato deben distinguirse las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y los elementos accidentales, todos ellos apuntando a estructurar el contrato en su aspecto material. Conforme con la doctrina y la norma en comento, son de su esencia aquellos elementos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro (tradicionalmente se acude por vía de ejemplo al precio en la compraventa, pues su falta la presentaría como una donación); de su naturaleza, los que se entiende pertenecen al contrato sin necesidad de estipulación alguna, como sería el caso de las denominadas garantías de saneamiento de evicción y por vicios redhibitorios en el mismo contrato, lo cual no obsta para que una renuncia a las mismas se pueda aceptar, sin que el negocio por ello se desnaturalice y, por último, los accidentales, que hacen referencia a elementos que no pertenecen al contrato ni por esencia ni por naturaleza, pero que las partes estipulan, sin que por ello el contrato sufra desmedro alguno, tal es el caso de los pactos accesorios, en especial en el contrato de compraventa (reserva de dominio, comisorio, retroventa, etcétera).

La suma de estos elementos del contrato, nos lleva al contrato en su aspecto material, elementos que, de manera particular, en muchas ocasiones se articulan a través de un escrito por medio de “cláusulas” o “pactos”, “esto es, de proposiciones, entre las cuales se suele distribuir y articular su contenido”.

“El contrato, pues, entendido como totalidad, resulta del conjunto de sus cláusulas, las cuales tienen la función de integrarse recíprocamente, en cuanto el contrato es siempre algo orgánico, constituido por elementos coordinados y complementarios entre sí”,

Eliminado: inicialmente

Comentario [T22]: Considero que está bien empleada

Eliminado: finalmente

y que, por razones de estilo o para mejor ilustración, pueden estar precedidas de preámbulos o premisas, que sirven de manera fundamental para la interpretación del contrato en caso de necesidad. Finalmente, siguiendo todavía a Francesco Messineo, el contrato en su aspecto material se complementa por las denominadas “cláusulas de estilo” que hacen parte del contrato, sin que las mismas se puedan mirar como expresión de la voluntad de los contratantes⁸².

Comentario [T23]: Considero que están bien empleadas

2. Elementos o presupuestos de validez

A ellos se refiere concretamente el artículo 1502 de nuestro estatuto civil:

Comentario [T24]: Considero que está bien empleada

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita”.

Nuestro *Código Civil* no conoció, o si se quiere, no conoce, la categoría de la inexistencia del contrato, salvo en lo que atañe al matrimonio, que en el ordenamiento legal colombiano, siguiendo en ello al chileno y al francés, es un contrato, según los términos del artículo 113. No obstante, la noción de inexistencia del matrimonio no sólo fue la primera predicable de un contrato sino que fue la doctrina primero y, seguidamente la jurisprudencia, las que afinaron el concepto. En efecto, por ejemplo, se reconocieron como eventos de inexistencia del matrimonio, a diferencia de los casos de nulidad legalmente previstos, aquél celebrado entre personas del mismo sexo o el celebrado por funcionario desprovisto de competencia. Por lo demás, la inexistencia del contrato, sus causales y su tratamiento, en la legislación civil, se confundían con la de las nulidades.

Sólo hasta la expedición del *Código de Comercio* en 1971 se recogió explícitamente la noción de “inexistencia” del contrato como un fenómeno autónomo de ineficacia en el artículo 898, cuyo texto es el siguiente:

Comentario [T25]: Considero que está bien empleada

“la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros

⁸² MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato* (3ª ed. ampliada, Trad. por R. O. Fontanorrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra), Buenos Aires, *Jurídicas Europa-América*, 1986, cit., pp. 37-39, sobre este último aspecto agrega: “Se llaman *cláusulas de estilo* las que se incluyen en el contrato de conformidad con formularios o modelos abstractos que se tienen presentes y se siguen por parte de los notarios al extender el contrato. A dichas cláusulas se les niega el carácter de expresión de la voluntad de las partes, por cuanto las partes ni expresan una voluntad conforme a ellas, ni indirectamente siquiera concurren a formularlas. Estas cláusulas, si bien forman parte materialmente del contrato, ni engendran derechos u obligaciones, ni sirven a los fines de la interpretación del contrato”.

Eliminado: completar datos bibliográficos y editoriales y agregar a bibliografía

de buena fe exenta de culpa. /será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

En síntesis, tenemos que el contrato será inexistente cuando en su formación no se haya recorrido toda su definición legal o social, cuando falte alguno de sus elementos esenciales, cuando falte una de las solemnidades *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, y adicionalmente, por doctrina y jurisprudencia, cuando haya ausencia total de consentimiento.

Comentario [T26]: Considero que está bien empleada

PREGUNTA 8

En general, se estima que uno de los principios que informan el Derecho de los Contratos es el consensualismo, esto significa –en términos gruesos– que el contrato produce plena eficacia una vez que las partes han logrado un acuerdo. ¿Resulta descriptiva esta afirmación en el Derecho de los Contratos de su país? ¿Cuáles son las atenuaciones más significativas que ha experimentado este principio?

En lo concerniente a la formación de los negocios jurídicos, en el Derecho Privado colombiano impera como regla general el consensualismo.

El *Código Civil* expresa que los contratos pueden ser consensuales, solemnes o reales⁸³, y al regular cada esquema negocial en particular va exigiendo la forma específica o la entrega de la cosa, si es voluntad legal la solemnidad o la realidad del contrato.

En consecuencia, de esta manera de reglar el asunto se desprende que en la codificación civil rige el principio que los contratos son consensuales a menos que de manera expresa la ley exija una solemnidad o la entrega de la cosa para que ellos se formen.

El *Código de Comercio*, que en este punto es más técnico, recoge explícitamente este principio, al señalar:

Comentario [T27]: Considero que está bien empleada

“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse, verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal formalidad”⁸⁴.

Vale la pena destacar que la exigencia de solemnidades constitutivas no sólo puede provenir de la ley sino que, también, los particulares pueden convenir que un contrato que naturalmente es

⁸³ Art. 1500 del *Código Civil*.

⁸⁴ Art. 824 del *Código de Comercio*.

consensual se torne solemne, posibilidad ésta que no sólo se deduce de los postulados de la autonomía privada sino, además, de lo preceptuado por el *Código Civil* al prever que en el contrato de compraventa de cosas muebles y en el de arrendamiento, las partes pueden pactar que estos no se formen mientras no se plasmen en un escrito⁸⁵.

Eliminado: contrato d

La consensualidad encuentra su atenuación más importante en el Estatuto del Notariado cuando dispone: “deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles...”⁸⁶.

PREGUNTA 9

¿Qué han entendido los autores y los tribunales por objeto del contrato? Indique, además, el régimen general (es decir, el del *Código Civil*) de la ilicitud del objeto. Finalmente, identifique casos de falta de objeto en las decisiones de los tribunales.

Comentario [T28]: Esta es una pregunta del cuestionario base para todos los grupos

El *Código Civil* colombiano, como el chileno, del cual es una copia, al igual que el *Code Napoléon*, en el que se inspiró Andrés Bello, no es claro ni preciso en la definición del objeto del contrato. No sólo identifica impropiamente los conceptos de contrato y de convención, sino que confunde el objeto del contrato con el de la obligación.

Comentario [T29]: Considero que está bien empleada

Al indicar cuáles son las fuentes de las obligaciones, el art. 1494 dice que ellas “nacen, [ya] del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”. Por su parte, el artículo 1495 dispone:

“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 de muchas personas”.

Y el art. 1517 prescribe:

“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

Luego, al señalar los requisitos de validez de todo contrato, el art. 1502, exige, además de la capacidad de ejercicio y el consentimiento libre, espontáneo y consciente de quienes se obligan, “que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita”.

⁸⁵ Arts. 1858 y 1979 del *Código Civil*.

⁸⁶ Art. 12 del decreto N° 960 de 1970.

La doctrina nacional, al criticar la confusión en que incurre el *Código Civil* al introducir estas categorías generales de la teoría del contrato, está toda ella de acuerdo en que el **objeto** del contrato es la creación de obligaciones, al paso que el **objeto** de la obligación es dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor. Por otro lado, se acepta que el término ‘convención’ no se identifica, en sentido estricto, con el contrato, pues su **objeto** es el de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter patrimonial, mientras que el contrato sólo las crea. Tampoco se acepta la equiparación de los conceptos contrato y acto, puesto que en aquél siempre participan las voluntades de dos o más personas, mientras que el acto puede ser bilateral (**contrato**) o unilateral (por ejemplo, el testamento). En la actualidad, la tendencia de la doctrina es la de introducir la categoría del “negocio jurídico”, propia del **BGB**, y ubicar dentro de ella tanto el acto bilateral como el unilateral, en el sentido de que se deja anotado⁸⁷.

Comentario [T30]: Es necesario que se repitan las palabras, pues no podrían cambiarse por otras que sean sinónimas

Comentario [T31]: La palabra está bien empleada

Comentario [T32]: La sigla se pondrá al final del escrito

En 1971 se adoptó un nuevo *Código de Comercio*, inspirado en el *Codice Civile* de 1942. En él, se definió el contrato, dándole un alcance más amplio que el que en realidad tiene, asimilando parcialmente esta figura a la de negocio jurídico de la doctrina alemana, como “un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

Comentario [T33]: Está bien empleada

La doctrina más relevante se pronuncia sobre estos varios aspectos, así:

“Contenido y objeto del negocio.- Se suele no mencionar ni estudiar este aspecto por separado, por involucrarse dentro de la temática del objeto; sin embargo, debe practicarse con todo rigor la distinción entre los dos conceptos, la delimitación de sus campos. Mientras el objeto, como en capítulo posterior se relevará, es algo externo, extrínseco al negocio, lo antecede y por tanto, es un presupuesto suyo, el contenido es la materialización del acto dispositivo, su esencia misma, el tenor de sus cláusulas, el significado del comportamiento, en fin la proyección del negocio en cuanto conducta reguladora de intereses”.

Más adelante, el mismo autor, al concretar su pensamiento, dice en cuanto al objeto:

⁸⁷ Desde un punto de vista técnico-jurídico, se distingue por la doctrina entre acto jurídico en sentido estricto, en el cual la voluntad no representa ningún papel en la producción de los efectos jurídicos de la manifestación de la voluntad, y negocio jurídico o acto jurídico en sentido lato. Quien introdujo en Colombia la noción de negocio jurídico fue el profesor Fernando HINESTROSA, en su *Curso de Obligaciones*. Algunos, cual es el caso de los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, asimilan, tal vez, por el enorme influjo que entre nosotros tiene la doctrina francesa, los conceptos de negocio y acto jurídico. Cfr. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. En fin, la gran mayoría habla de acto jurídico, como lo hace la doctrina francesa por razones más de lenguaje que otra cosa, que no existen en la lengua española. Es el caso de los profesores Álvaro PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones* y TAMAYO LOMBANA (n. 61).

“Segundo presupuesto de validez del negocio es la idoneidad del objeto. Objeto de la disposición es el interés mismo a que se refiere y puede consistir en cualquiera porción del mundo exterior útil para el hombre, como en cualquier servicio o actividad humana igualmente aprovechable. Las prestaciones que del negocio emanan, cuando su función es la de crear obligación, se clasifican en de dar, hacer y no hacer, dos positivas, entregar y ejecutar, y una negativa, abstención de verificar ciertos actos concretos”⁸⁸.

Por su parte, los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta expresan:

“De suerte que el *objeto* de los actos jurídicos *se identifica con el contenido específico de ellos (objeto específico)*, o sea, con los efectos de dicha índole que están llamados a producirse, bien sea en razón de la voluntad de los agentes, o bien por ministerio de la ley. El objeto según el Código Civil.- Lo primero que al respecto hay que censurarle a este estatuto es que pierde de vista la noción general de lo que es el objeto específico o contenido jurídico, aun en lo tocante a los contratos, mediante los cuales y siguiendo el ejemplo de sus modelos pretendió estructurar el régimen de todos los actos jurídicos. Así, a vuelta de relacionar debidamente, aunque denominándolos impropriamente como ‘cosas’, los *elementos esenciales, naturales y accidentales* que integran ese contenido (art. 1501), seguidamente pierde la visión panorámica y el concepto único del objeto que ella impone, lo cual lo conduce a confundir dicho objeto, o sea, los efectos específicos voluntarios y legales de los actos jurídicos, unas veces con las *prestaciones* propias de las obligaciones provenientes de los contratos, otras veces con las cosas que son materia de los actos y, en fin, otras veces con los *actos mismos*. Por otra parte, el régimen establecido por el Código en relación con el objeto se diluye en una serie de disposiciones casuísticas que dificultan y oscurecen su entendimiento”⁸⁹ (Destacan los autores).

De acuerdo con la regulación que del objeto hacen los arts. 1518 a 1523 del *Código Civil*, éste debe ser determinado o determinable; puede recaer sobre cosas actuales, que existen o que se espera que existan; y debe ser física y moralmente posible, esto es, que, debe ser lícito. Hay objeto ilícito cuando está prohibido por las leyes (disposición que se repite, con acusada falta de técnica legislativa, en el art. 1523) o cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 1518). Ésta es la regla general, la única que en rigor sería suficiente para el intérprete. No obstante lo cual, el legislador, cayendo en la casuística que le reprocha la doctrina, en las disposiciones que le siguen inmediatamente, reitera que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (art. 1519); en el pacto de sucesión futura (art. 1520) y en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden ser transferidos a otra persona y de

Eliminado: Moralmente posible significa que

Comentario [T34]: Considero que está bien empleada

⁸⁸ Fernando HINESTROSA, *Curso de obligaciones*, pp. 176 y 197.

⁸⁹ OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1983, pp. 246-247.

Eliminado: HINESTROSA (n. 88)

las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (art. 1521).

El concepto de orden público, tradicionalmente asociado con las normas de carácter imperativo (protección de los derechos fundamentales de la persona, organización y funcionamiento de la familia, estado civil) y con las que se refieren a la organización del Estado y de los servicios públicos, se ha ampliado a las nociones modernas de orden público económico o de dirección (intervencionismo de Estado) y a las de orden público de protección o social. Respecto de éstas últimas, no existen pronunciamientos jurisprudenciales que definan si es factible que la persona protegida renuncie a la protección que le otorga la ley en el momento de la celebración del contrato, aunque la lógica y la razón de ser de las normas que ostentan este carácter, indican que tal renuncia estaría afectada por una nulidad absoluta.

Comentario [T35]: Considero que está bien empleada

La jurisprudencia sobre ilicitud del objeto es abundante alrededor de la venta de cosas embargadas. La gran mayoría de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre este punto, consideran que se está frente a una nulidad absoluta, declarable de oficio, y que cuando la ley habla de “enajenación”, no se está refiriendo sólo al cumplimiento del modo de transferir la propiedad (en materia de inmuebles el registro de la escritura pública de venta) sino, también, al título, esto es, al contrato mismo que da origen a la transferencia. Esta posición, unánime hasta bien entrada la década de los sesenta del siglo pasado, fue modificada profundamente por la sentencia de casación civil del 13 de mayo de 1968, en la que se sostuvo que la nulidad a que da lugar el numeral 3° del art. 1521 del C.C., no es absoluta, sino relativa, alegable sólo por la parte legitimada, vale decir, protegida (el acreedor) y sólo en la medida en que se demuestre que la enajenación lo perjudica. Pero, además, porque sentó la doctrina de que:

Eliminado: particularmente

Comentario [T36]: Considero que está bien empleada

“para la Corte, la enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título translativo, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. En consecuencia, el dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto judicial de embargo, en nada afecta la situación creada por este. Por el contrario, la tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraria al mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados con él. Tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto puede ser evitada por los medios que determina el ordinal 3° del artículo 1521 C.C. y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla”⁹⁰.

⁹⁰ Fernando HINESTROSA, *Casación Civil - Jurisprudencia*, p. 176.

Aunque este importante avance jurisprudencial fue confirmado por las sentencias de casación civil del 7 de mayo de 1969 y 7 de noviembre de 1975, la Corte Suprema de Justicia volvió a su tesis original en la sentencia de casación civil de 14 de diciembre de 1976 y en esta posición se ha mantenido hasta el día de hoy⁹¹.

Por último, en lo que se relaciona con la falta de objeto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 872 del *Código de Comercio* dispone: “cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. Dicho con otras palabras, el contrato es inexistente, tal como lo previene el artículo 920 del mismo *Código* para el caso de la compraventa mercantil, al disponer: “no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo”. La Corte Suprema de Justicia ha dicho, con toda claridad, que la determinación de si el precio es vil o irrisorio es de carácter estrictamente objetivo⁹².

Comentario [T37]: Considero que está bien empleada

PREGUNTA 10

¿Qué han entendido los autores y los tribunales por causa del contrato? Indique, además, el régimen general (es decir, el del *Código Civil*) de la ilicitud de la causa.

Finalmente, identifique casos de falta de causa en las decisiones de los tribunales.

Comentario [T38]: Cuestionario base

Mientras que su modelo, el *Código Civil* francés se ocupa de la causa en tres artículos (1131 a 1133), el colombiano le dedica dos: el 1524 y el 1525. Algunos autores y la jurisprudencia, consideran que el artículo 1511, que trata del error, también se refiere a ella. En el 1524 se intenta reunir en una sola norma las tres del francés. Éste dispone:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato; y por causa *ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. 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”.

El artículo 1525 consagra la regla *in pari causa turpitudinem cessat repetitio* (equivalente a la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), al disponer: “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

Eliminado: autor responsable,

Eliminado: Antología Jurisprudencial

Eliminado: Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil,

Eliminado: autor responsable

Eliminado: Antología...l

⁹¹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, v. tomo I, p. 821 y ss.

⁹² Sentencia de la Casación Civil, de 20 de septiembre de 2000, v. *Antología Jurisprudencial*, (n. 91), tomo II, p. 362 y ss.

Aunque los antecedentes del artículo 1524 evidencian que la norma recoge la idea que de la causa del contrato tenía Jean Domat, conforme a la cual la causa es el fin inmediato que las partes buscan al celebrar el negocio, idéntico siempre en cada figura contractual, y que racionalmente es el que corresponde al motivo que induce a cada parte a celebrarlo (la obtención del precio para el vendedor y de la cosa para el comprador en la compraventa) lo cierto es que la doctrina nacional se divide entre anticausalistas y causalistas.

Comentario [T39]: Considero que está bien empleada

Los primeros consideran que la noción de causa, al identificarse con el contrato mismo y con la función práctico-social del mismo, no agrega nada a los otros elementos estructurales del negocio, esto es, al consentimiento y el objeto. Siendo ello así, concluyen, como lo hacen tantos en la doctrina europea, que la noción es absurda e inútil. Entre los autores que adoptan esta posición, se encuentran varias de las más destacadas figuras del foro y de la academia⁹³. El más moderno entre ellos, el profesor Fernando Hinestrosa, expresa a este propósito:

“La causa no es un elemento constitutivo del negocio, lo que por tal se ha entendido, es su misma definición, el aspecto social del negocio, indispensable para su cabal concepción y entendimiento. [N]o puede hablarse de negocio ilícito por defectos de su definición. Se distingue entre negocios y no negocios. Negocios consumados y tentativas. La ilicitud del negocio, su rechazo por el ordenamiento ocurre cuando el contenido o el objeto son ilícitos y cuando el motivo determinante ha sido compartido en su ilegalidad. La represión de la inmoralidad se obtiene no acudiendo inoficiosamente al fantasma de la causa, sino tomando el objeto, el contenido y los motivos determinantes y trabajando con estas nociones en toda su extensión”⁹⁴.

Como se señaló atrás, es a ella, a la causa objetiva, a la que se refiere el artículo 1524 del *Código Civil*. Pero, para esta corriente doctrinaria, en el análisis de la ilicitud del contrato, los motivos son tenidos en cuenta siempre y cuando sean determinantes, esto es, siempre y cuando la finalidad ilícita perseguida por una de las partes sea, al menos, conocida por la otra. Esta necesidad de que la “ilegalidad sea compartida”, surge con claridad del segundo inciso del artículo 1511 del *Código Civil*, que dispone:

“El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa (distinta a la sustancia del objeto o calidad esencial del objeto) no vicia el consentimiento de los que contratan, sino

⁹³ Jorge ORTEGA TORRES, autor del *Código Civil con notas, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema*, obra notable, reeditada varias veces, cita entre los anticausalistas a José María González Valencia, Jaramillo Arango, Hernando Carrizosa Pardo, Luis E. Cuervo, José J. Gómez y Arturo Valencia Zea.

⁹⁴ Fernando HINESTROSA, “El negocio jurídico y la causa”, p. 335.

cuando esta calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y ese motivo ha sido conocido de la otra parte”.

Los causalistas, entre quienes se cuentan también muy destacadas figuras del foro y de la academia, consideran que el artículo 1524 del *Código Civil* no consagró la teoría clásica u objetiva de la causa, sino la subjetiva. La causa, dicen, a la luz de esta disposición, debe ser entendida, adoptando el análisis de Louis Josserand, como causa impulsiva, móvil teleológico, no como causa eficiente (el contrato), que es un móvil extrínseco, ni como causa final (móvil intrínseco-orgánico). El promotor de esta posición lo fue el profesor EDUARDO Zuleta Ángel, quien afirmaba:

Eliminado: nombre

“cuando nuestro Código habla de motivo no debe entenderse por esta expresión los móviles intrínsecos, orgánicos, la causa del siglo pasado, sino los extrínsecos, personalísimos, pero únicamente aquellos de carácter teleológico, que se refieren al futuro”⁹⁵.

Esta última es la posición que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia desde los años cuarenta del siglo XX. En sentencia de 7 de octubre de 1938, sentó la siguiente doctrina, que se ha mantenido invariable hasta hoy:

“Para Bonnecase, en la fórmula doctrinaria la causa es el fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos de igual categoría; en la jurisprudencia, que establece un principio opuesto a aquella, la causa es el fin concreto de interés en general o de interés privado que los autores del acto se esfuerzan por conseguir más allá de un acto jurídico determinado y por medio de él. Este fin no está necesariamente ligado a la estructura técnica de un acto jurídico y es, por el contrario, susceptible de variar en los actos de una misma categoría. La tesis sostenida por la escuela jurisprudencial francesa, ha venido a ser la consagrada por nuestro C.C., cuando en su art. 1511 habla del error de hecho en una calidad del objeto, que vicia el consentimiento cuando esa calidad fue el principal motivo que tuvo una de las partes para contratar y tal motivo fue conocido de la otra parte. Igualmente acepta la misma concepción cuando en el art. 1524 define la causa como “el motivo que induce al acto o contrato”⁹⁶.

De lo anterior no debe concluirse que entre nosotros la causa, en su sentido objetivo, no represente ningún papel. En particular, en el campo de los contratos bilaterales, las obligaciones se sirven mutuamente de causa y ello se infiere, no del artículo 1524, sino de la condición resolutoria

Comentario [T40]: Considero que está bien empleada

⁹⁵ Citado por ORTEGA TORRES (n. 93), p. 645. En el mismo sentido Álvaro PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, 1ª parte, p. 355 y ss.

⁹⁶ *Gaceta Judicial*, tomo XLVII, Bogotá, 1938, p. 251.

Eliminado: ciudad, editorial, año,

tácita por incumplimiento, consagrada por el artículo 1546 del *Código Civil*, de la excepción de contrato no cumplido, por el artículo 1609 y de la teoría del riesgo de pérdida de la cosa debida, por el artículo 1607. Es más, a partir de este conjunto normativo, adoptando la tesis de Henri Capitant, jurisprudencia y doctrina han concluido que la causa, entendida como la necesaria interdependencia de las obligaciones, no se agota en el momento de la celebración del contrato, sino que la acompaña hasta su final extinción.

Eliminado: nombre

Debe advertirse, sin embargo, que interdependencia no significa equivalencia objetiva entre las obligaciones. El artículo 1498 del *Código Civil* dice que el contrato es oneroso o conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa que se *mira* como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer. De allí que la lesión sea excepcional, susceptible de ser tenida en cuenta sólo en las hipótesis taxativamente contempladas por el legislador. Y de allí, que la ruptura sobrevinida de la equivalencia inicial entre las prestaciones no dé lugar a la terminación del contrato por desaparición de la causa. En tales eventos, rige el principio de la fuerza obligatoria del contrato (art. 1602 del C.C.), aunque matizado con la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión, aceptada por la jurisprudencia desde el año 1936, y legislativamente por el artículo 868 del *Código de*

Comercio:

Comentario [T41]: Considero que está bien empleada

Comentario [T42]: Considero que está bien empleada

Eliminado: jurisprudencialmente

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas e 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 resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión”.

El juez revisa, si ello es posible; y si no, decreta la terminación del contrato.

Por último, no ha habido pronunciamientos jurisprudenciales sobre falta de causa.

PREGUNTA 11

Exponga el régimen del error con trascendencia anulatoria incluyendo, al menos, los supuestos de este tipo de error consagrados en el *Código Civil* y los requisitos que ha exigido la doctrina y los tribunales. Indique, especialmente, si existen diferencias entre el error unilateral y bilateral; si se encuentra consagrada –o reconocida– la inexcusabilidad como requisito. Finalmente, ¿se utiliza con frecuencia el error como causal de nulidad del contrato?

Comentario [T43]: Tomado del cuestionario base

El *Código Civil* consagra cuatro artículos referidos al error como vicio del consentimiento; en el primero (art. 1509) se dice que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; en el

segundo (art. 1510), que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata; en el tercero (art. 1511), se dice que el error también vicia el consentimiento cuando recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto y, en fin, el último artículo que se ocupa del tema (art. 1512) dice que el error sobre la persona vicia el consentimiento sólo allí donde la consideración de la persona sea la causa del contrato. La presencia de este vicio de la voluntad da lugar a nulidad relativa (art. 1741) “y da derecho a la rescisión del acto o contrato”; esto es, que podrá ser declarada por el juez sólo a petición de la parte en cuyo beneficio sea establecida y, además, podrá “sanarse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes” (art. 1743). La nulidad pronunciada en sentencia firme “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (art. 1745).

Vale la pena mencionar que el *Código de Comercio*, refiriéndose al contrato de sociedad dice que para que éste sea válido es necesario que el consentimiento esté exento de error esencial, fuerza o dolo, y agrega que se entiende por error esencial

“el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes” (art. 101).

La doctrina, por su parte, critica fuertemente la circunstancia de que el error de derecho no vicie el consentimiento⁹⁷, pues no se encuentra razón para afirmar que el error de derecho sea diferente al de hecho para tales fines; sin embargo, la Corte Constitucional llamada a pronunciarse a propósito, afirmó la constitucionalidad del art. 1509 del *Código Civil* (sentencia C-996 de 2006), diciendo que la cuestión es de resorte del legislador.

Por otro lado, la misma doctrina ha dicho que para que el error vicie el consentimiento debe ser determinante, es decir, que sin su presencia no se hubiera contratado o se hubiera hecho en otros términos, y debe ser excusable, esto es, que no haya mediado negligencia en la persona que lo alega⁹⁸. Nada se ha dicho o profundizado sobre el carácter común o unilateral del mismo.

Comentario [T44]: Considero que está bien empleada

⁹⁷ Véase, por ejemplo, Álvaro PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 1, p. 194; Alberto TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones. Teoría del acto y otras fuentes*, p. 158; Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y de los demás actos y negocios jurídicos*, p. 182; Arturo VALENCIA ZEA y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, vol. I: Parte general y personas, pp. 202, 492.

⁹⁸ Véase por todos, OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (n. 97), p. 187.

Eliminado: (se incluirá en abreviaturas)

La jurisprudencia, a su turno, no es muy abundante en la materia y se ha limitado a decir que si el error “recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra” *-error in negotio-* o “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata” *-error in corpore-*

“el vicio es de intensidad tal en ambas hipótesis que suprime en absoluto la eficacia del negocio jurídico, por sustracción del acuerdo de voluntades sobre un mismo propósito, como idea elemental y necesaria de todas las convenciones” (sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 28 de junio de 1960).

Y allí mismo se añade:

“el acuerdo en el querer de las partes se producirá cuando existe identidad de la cosa específica de que se trata, pero será viciado si la sustancia o calidad del objeto ‘es diversa de la que se cree’ *-error in substantia-*. Viene a ser del mismo modo anulable el contrato si el vicio incide, no ya en abstracto para la sustancia de las cosas, sino en concreto para la que es materia de cierta convención, cuando el error acerca de otra cualquiera calidad del objeto es subjetivamente para una de las partes la causa impulsiva de la contratación, ‘y este motivo ha sido conocido de la otra parte’. Se trata entonces ciertamente de características extrínsecas, pero de importancia relativa tan profunda que sin ellas el acuerdo de voluntades no se habría formado, o por lo menos se habría producido en términos muy diferentes. Los dictados de la equidad en casos tales deben permitir la rescisión del contrato”.

Comentario [T45]: No pueden ser modificadas, es un extracto de una sentencia

Por lo demás, no es frecuente la declaración de nulidad de un contrato por la presencia de un error vicio del consentimiento.

PREGUNTA 12

Exponga el régimen del dolo precontractual. En su exposición incluya los requisitos del dolo en tanto vicio del consentimiento y como supuesto de responsabilidad. Finalmente ¿se utiliza con frecuencia el error como causal de nulidad del contrato?

Comentario [T46]: Cuestionario base

El Código Civil colombiano regula la figura del dolo precontractual en los artículos 1508, 1515, 1744 y 1516.

Los artículos 1508 y 1516, disponen, respectivamente, que el dolo es uno de los vicios de que puede adolecer el consentimiento, al lado del error y la fuerza; y que aquél generalmente no se presume, por lo que debe probarse.

Comentario [T47]: Considero que está bien empleada

Comentario [T48]: Considero que está bien empleada

Por su parte, el artículo 1744 le prohíbe al incapaz doloso alegar la nulidad, con excepción del caso en que su dolo haya consistido en la simple aserción de no concurrir en él ninguna causa de incapacidad.

En fin, el artículo 1515 desarrolla en su primer inciso la figura del dolo en cuanto vicio de la voluntad. Por su parte, en el segundo, consagra dos supuestos en que es considerado como simple fuente de responsabilidad *in contrahendo*, y no como causa perturbadora del querer.

1) El dolo *in contrahendo* como vicio de la voluntad

“El dolo -dispone el artículo 1515- no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado. /En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

Como puede verse, es ésta una norma en la que sobresalen tres características:

- a) Consagra la distinción de origen medieval entre un *dolus incidens* y otro *causam dans*, confiriéndole sólo al último eficacia anulatoria del contrato, pues exige que el dolo sea determinante del consentimiento del cocontratante, que sea causa eficiente de la decisión de celebrar el contrato.
- b) Diferencia el dolo conforme que sea endógeno o exógeno al contrato, y sienta la regla de que sólo aquél sirve para configurar el vicio de la voluntad.

Para dar razón de esta diferencia de efectos entre el dolo que proviene de la contraparte y el que se origina en un tercero, la doctrina colombiana no ha llegado al extremo de negar que sea un vicio del consentimiento autónomo. En cambio, haciéndose eco de las opiniones de autores franceses de la escuela de la exégesis y de principios del siglo XX, ha optado por la naturaleza del dolo *in contrahendo* como genuino vicio de la voluntad, y a la vez, o ha criticado el mantenimiento de la regla *dolus tertii non nocet*⁹⁹, o lo ha justificado mediante una serie de argumentos, que van desde una supuesta facilidad de defensa frente al dolo, hasta la falta en que usualmente incurre quien se deja engañar, el

Comentario [T49]: Considero que está bien empleada

⁹⁹ Así, Lucrecio JARAMILLO VÉLEZ, *La nulidad en derecho privado*, pp. 125-126 y Raimundo EMILIANI ROMÁN, *Curso razonado de las obligaciones*, vol. I, pp. 213-21. También Álvaro PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, p. 141 y Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, pp. 212-213.

menor carácter antisocial del dolo (comparado con el de la fuerza), la injusticia de anular un negocio en razón de una treta en la que no tuvo arte ni parte el cocontratante¹⁰⁰, y la función reparadora de un perjuicio inherente a la anulación originada en el dolo¹⁰¹.

En fin, también se ha buscado justificar la ineficacia anulatoria del engaño del tercero, argumentando que se trata de un vestigio de la intransmisibilidad pasiva que caracterizaba a la *actio de dolo* romana. De lo que se seguiría que el régimen jurídico del dolo sería, por así decirlo, un híbrido, que miraría tanto a la tutela de la integridad del consentimiento del engañado como a la punición del autor de una conducta reprochable, contraria a los postulados emanados del principio de la buena fe.

c) No se vale de sustantivo alguno para describir o caracterizar al dolo.

Esta tercera característica, explica que en Colombia haya quedado a cargo de doctrina y jurisprudencia, la labor de determinar cuál es el efecto del dolo *in contrahendo* sobre la voluntad del contratante, y cuáles son los medios idóneos para constituirlo.

En este sentido, es de resaltar que, a pesar de que la ausencia de descripción o de definición alguna por parte del artículo 1515 del *Código civil*, parecería constituir terreno abonado para sancionar bajo sus cauces vicios del consentimiento diferentes de los clásicos, cuales son los casos de la explotación de estados de necesidad o de peligro, los autores colombianos han concebido los efectos del dolo sobre la volición, bajo una óptica, por así llamarla “tradicional”: admiten uniformemente que el dolo es un engaño o, en términos más técnicos, un error inducido o provocado en el otro¹⁰². Por su parte, en el ámbito de la jurisprudencia, sólo dos sentencias de casación, una de 1936, y otra de 1969, han puesto de presente, de manera explícita y contundente, que el efecto propio del dolo *in contrahendo* es el de engendrar en la contraparte un yerro, siendo del caso resaltar la importancia de la primera, pues en ella, adicionalmente, se da cuenta de la utilidad de la regulación autónoma del dolo como vicio de la voluntad, pues se le asigna una función

Comentario [T50]: Considero que está bien empleada

Comentario [T51]: Considero que está bien empleada

¹⁰⁰ Para una síntesis de razones similar a la expuesta en el texto, consúltese Fernando VÉLEZ, y Luis Angel ARANGO, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, VI, pp. 40-41.

¹⁰¹ PÉREZ VIVES, A., *Teoría general de las Obligaciones, Vol. I*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, op.cit. p. 143; OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos, 2ª edición*, Bogotá, Editorial Temis, 1983, op.cit., p. 211.

¹⁰² En el ámbito de la doctrina, pueden citarse los casos de VÉLEZ y ARANGO (n. 100), p. 42; Nicasio ANZOLA, *Lecciones elementales de Derecho civil colombiano, sucesiones y obligaciones*, p. 298; Ernesto CEDIEL ANGEL, *Ineficacia de los actos jurídicos*, pp. 28-29; JARAMILLO VÉLEZ, *La nulidad en Derecho Privado*, Medellín, Librería y Editorial siglo XX, 1943, op.cit. p. 124; PÉREZ VIVES, *Teoría general de las Obligaciones, Vol. I*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, op.cit. p. 136; HINESTROSA (n. 88), p. 145; URIBE HOLGUÍN, (n. 61), p. 211; OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos, 2ª edición*, Bogotá, Editorial Temis, 1983, op.cit., pp. 211 y 217; EMILIANI ROMÁN (n. 99), p. 207; TAMAYO LOMBANA, (n. 61), p. 175.

Eliminado: Fnombre.

Eliminado: .

Eliminado: A., nombre

Eliminado: , cuál?

Eliminado: cuál?

Eliminado: cuál?

Eliminado: cuál?

Eliminado: cuál?

amplificadora de la relevancia del simple error, esto es, la virtualidad de producir la anulabilidad del contrato, aun en los casos de yerros que, cuando espontáneos, no vician el consentimiento¹⁰³.

En lo que hace a aquello de que consiste el dolo, es decir, a su elemento material, los doctrinantes colombianos, sin que haya mediado debate o controversia alguna previa, admiten que cualquier medio, incluso puramente negativo, es apto para configurarlo¹⁰⁴. Sólo algunos autores, por lo demás antiguos, caracterizaban al engaño como una conducta marcadamente positiva, pero sin llegar a proponerse el problema de la admisibilidad, o no, del simple silencio como una de sus formas¹⁰⁵.

Eliminado: uniformemente

Comentario [T52]: Considero que está bien empleada

En jurisprudencia, si se dejan de lado los innumerables casos sobre reticencia en materia de seguros y de contrato de transporte –que escapan al régimen común de los vicios del consentimiento en razón de la existencia de una normatividad especial sobre tales materias en el Código de Comercio–, las sentencias de casación en que se ha abordado *ex profeso* el tema de los medios idóneos para constituir el dolo-vicio de la voluntad, se cuentan con los dedos de una misma mano. De ellas, cabe mencionar las de 1936 y 1969, arriba citadas. En la primera, la Corte Suprema, a manera de *obiter dictum*, admitió por primera vez la posibilidad de que el elemento material del dolo estuviera constituido por simples silencios o reticencias¹⁰⁶. La segunda, reiteró la idea de la admisibilidad de un dolo negativo o por abstención, y anuló la permuta de un inmueble, en razón de haber afirmado mentirosamente una de las partes a la otra, que sobre el bien no pesaba gravamen alguno, cuando en realidad había sido declarado de utilidad pública, a fines de una futura expropiación¹⁰⁷.

Eliminado: puramente

Comentario [T53]: Considero que está bien empleada

No obstante lo anterior, conviene advertir que cuestiones como las relativas a las condiciones y límites, dentro de los cuales el silencio intencional puede considerarse una forma del dolo precontractual, no han sido objeto de desarrollo ni en el ámbito doctrinal ni jurisprudencial.

¹⁰³ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de noviembre de 1936, en *Gaceta Judicial*, tomo XLIV, Bogotá, 1936, pp. 481-487 y 16 de diciembre de 1969, en *Gaceta Judicial*, tomo CXXXII, Bogotá, 1969, pp. 273-281.

Eliminado: ciudad, año

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

¹⁰⁴ Así Antonio ROCHA, *Teoría general de las obligaciones, Curso 3º de Derecho civil en la Universidad Libre*, p. 63; CEDIEL ANGEL (n. 100), pp. 30-31; JARAMILLO VÉLEZ (n. 99), p. 125; URIBE HOLGUÍN (n. 61), p. 211; OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos, 2ª edición*, Bogotá, Editorial Temis, 1983, *op.cit.*, pp. 210-211; EMILIANI ROMÁN (n. 99), pp. 207 y 210-211; TAMAYO LOMBANA, *Manual de Obligaciones, Teoría del acto jurídico y otras fuentes, 6ª edición*, Bogotá, Editorial Temis, 2004, *op.cit.*, pp. 175, 178, 184-187; Miguel BETANCOURT REY, *Derecho privado categorías básicas*, p. 195; Luis Ernesto GUEVARA LÓPEZ, *Manual de obligaciones*, p. 99; Álvaro ORTIZ MONSALVE, “Consentimiento”, p. 112.

Eliminado: cuál,

Eliminado: cuál,

¹⁰⁵ VÉLEZ (n. 100), pp. 39-43; Eduardo ZULETA ANGEL, *Conferencias de derecho civil profundizadas, redactadas por A. Gómez Cl.*, pp. 11-14; ANZOLA (n. 101), pp. 296-298.

¹⁰⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de noviembre de 1936, en *Gaceta Judicial*, tomo XLIV, Bogotá, 1936, pp. 481-487.

Eliminado: ciudad, año

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 16 de diciembre de 1969, en *Gaceta Judicial*, tomo CXXXII, Bogotá, 1969, pp. 273-281.

Eliminado: ciudad, año

En contraposición con las anteriores, existe una serie de decisiones de casación anteriores a la década del treinta del siglo XX, en que se caracteriza al engaño de forma marcadamente positiva, aunque sin hacer pronunciamiento alguno respecto de la admisibilidad del dolo por omisión¹⁰⁸. Otro tanto ocurre con algunas jurisprudencias posteriores a 1936, lo que se explica teniendo en cuenta que en ellas se fallaron casos de dolo de incapaces, regidos por el artículo 1744 arriba mencionado, de conformidad con el cual la simple afirmación de uno de los contratantes de no concurrir en él causa alguna de incapacidad, no lo inhabilita para solicitar la nulidad¹⁰⁹.

Comentario [T54]: Considero que está bien empleada

2) El dolo *in contrahendo* como fuente de responsabilidad civil

Como se anunció, el segundo inciso del artículo 1515 del Código Civil consagra dos supuestos en que el dolo es considerado como simple fuente de responsabilidad *in contrahendo*. Ellos son los del dolo meramente incidental, y el exógeno al contrato o proveniente de un tercero.

Eliminado: expresamente

Comentario [T55]: Considero que está bien empleada

Aunque la norma no ha sido objeto de particulares desarrollos doctrinales o jurisprudenciales, resulta interesante, pues contempla dos formas distintas de indemnización del daño:

Eliminado: particularmente

- ~ plena, a cargo del autor o autores del dolo y
- ~ limitada al monto del provecho reportado con el dolo, en los casos de aprovechamiento del mismo.

Qué deba entenderse por aprovechamiento, y qué por autoría del dolo, son aspectos respecto de los cuales, doctrina y jurisprudencia no han dado explicaciones acabadas.

Para finalizar, debe mencionarse que no ha sido la del dolo *in contrahendo*, una figura frecuentemente tratada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Comentario [T56]: Considero que está bien empleada

PREGUNTA 13

Exponga el régimen de la fuerza como vicio del consentimiento. Indique cuáles son los requisitos de la fuerza y si ésta comprende o no el estado de necesidad. Finalmente, ¿se utiliza con frecuencia el error como causal de nulidad del contrato?

Comentario [T57]: Así aparece en el cuestionario base

La fuerza o violencia como vicio del consentimiento está recogida en los artículos 1508, 1513 y 1514

¹⁰⁸ En tal sentido, las sentencias de casación civil de 7 de noviembre de 1890, en *Gaceta Judicial*, tomo V, Bogotá, 1980, pp. 330-333 y de 3 de junio de 1932, en *Gaceta Judicial*, tomo XL, Bogotá, 1980, pp. 93-97.

¹⁰⁹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de octubre de 1939, en *Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, Bogotá, 1939, pp. 724-734 y de 8 de septiembre de 1953, en *Gaceta Judicial*, tomo LXXVI, Bogotá, 1953, pp. 286-293.

Eliminado: ciudad, año

Eliminado: ciudad, año

Eliminado: ciudad, año

Eliminado: ciudad, año

del *Código Civil*. Allí se la define como la “presión ejercida sobre una persona por actos materiales o por amenazas para inducirla a consentir”.

La víctima se expone a un sufrimiento actual o sufre el temor de uno futuro, por lo que, para liberarse de él o para evitarlo, consiente.

“El vicio del consentimiento no está, pues, constituido por la fuerza misma, es decir, por el temor que estos actos materiales o por las amenazas en que ella consiste, sino por el temor que estos actos o amenazas producen en la víctima. La fuerza en realidad no destruye la voluntad; quien consiente violentado, consiente, puesto que ‘entre dos males’ ha elegido el menor, pero como esa voluntad no es libre y espontánea, la ley la considera ineficaz. A esto se agrega que la fuerza importa una alteración o perturbación del orden público que debe reprimirse”¹¹⁰.

La fuerza puede ser entonces, material o física y moral, según que consista en actos físicos o en amenazas.

Como requisitos de la fuerza o violencia en tanto vicio del consentimiento, doctrina y jurisprudencia suelen coincidir en los siguientes:

1. Puede provenir de cualquier persona, no se exige que provenga necesariamente de una de las partes en el contrato, como ocurre con el dolo.
2. Debe ser ejecutada sobre la persona que ha de celebrar el contrato, contra su cónyuge, o sus padres o hijos.
3. Debe ser actual e irresistible y concretarse en la posibilidad de un mal inminente, irreparable y grave.
4. Debe producir en la víctima una impresión fuerte y un justo temor. Tenemos entonces que, verbigracia, la amenaza de un niño no podría producir esa impresión fuerte capaz de nublar el consentimiento.
5. Sus efectos deben medirse teniendo en cuenta una persona de sano juicio, su edad, sexo y condición, lo que en alguna medida obliga al juez a examinar el caso en concreto y el marco preciso de las circunstancias en que la fuerza o violencia fueron ejercidas sobre quien consintió bajo esas condiciones.
6. Las amenazas deben ser injustas.
7. Que el justo temor sea la causa determinante de la celebración del contrato.

Comentario [T58]: Considero que está bien empleada

¹¹⁰ Arturo ALESSANDRI, *Derecho Civil de los Contratos*, Santiago de Chile, Ediar-Conosur, imp. 1988 (s.f.), cit., p. 183.

Eliminado: completar datos bibliográficos y editoriales y agregar a la bibliografía

El temor reverencial, o sea, el temor de desagradar a las personas a quienes se les debe respeto y obediencia no basta por sí sólo para viciar el consentimiento (art. 1513, inciso 2° del C.C.).

La fuerza o la violencia tienen como efecto generar la nulidad relativa del contrato

En Colombia, dada la situación de orden público, la presencia de guerrilla y paramilitares, especialmente en zonas rurales, que ha generado un problema adicional de desplazamiento de indígenas y campesinos a los centros urbanos, ha suscitado la preocupación de jueces y magistrados en cuanto a la titularidad de la tierra. Las normas precitadas del *Código Civil* que regulan la fuerza y la violencia como un vicio del consentimiento, tienen una gran vocación a ser aplicadas con otros mecanismos de “verdad, justicia y reparación”, previstos legalmente.

Por último, el error no es un vicio del consentimiento utilizado de manera frecuente en Colombia, dadas las dificultades de orden probatorio que su establecimiento implica.

Comentario [T59]: Considero que está bien empleada

Eliminado: juntamente

Comentario [T60]: Considero que está bien empleada

Eliminado: Finalmente

Eliminado: frecuentemente

PREGUNTA 14

Exponga el régimen de la lesión enorme en materia contractual. Especialmente, precise si su funcionamiento se encuentra restringido a ciertas materias o es de aplicación general y si su funcionamiento es objetivo o, bien, incluye, además, componentes subjetivos.

Comentario [T61]: Cuestionario base

De acuerdo con el art. 1946 del *Código Civil*, el contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme. Tal rescisión, según reiterada jurisprudencia de la Casación Civil¹¹¹, procede cuando se encuentran reunidos los siguientes requisitos:

Eliminado: de acuerdo con

Eliminado:

- a) Que se trate de inmuebles y que la venta no se haya hecho por ministerio de la justicia (art. 32 de la ley N° 57 de 1887)
- b) Que la lesión sea enorme (art. 1947 del *Código Civil*)¹¹², lo cual se verifica cuando el comprador paga más del doble del valor real del inmueble o cuando el vendedor recibe, en calidad de precio, menos de la mitad de dicho valor real;
- c) Que no se trate de un contrato de carácter aleatorio (sentencias de casación del 18 de diciembre de 1929, 17 de agosto de 1933, 10 de diciembre de 1934 y 22 de marzo de

¹¹¹ A título de ejemplo, sentencia de 23 de septiembre de 2002, N° 6054.

¹¹² Art. 1947 del *Código Civil*: “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

1952);

- d) Que después de la celebración del contrato de compraventa no se haya renunciado a la acción rescisoria por lesión enorme;
- e) Que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (art. 1951 del *Código Civil*);
- f) Que la acción se instaure dentro del término legal, esto es, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del contrato (art. 1954 del *Código Civil*).

Como se puede observar, para su procedencia no se tiene en consideración factor subjetivo alguno, en el sentido de que se prescinde del móvil y de la influencia que éste haya podido ejercer sobre el consentimiento de las partes. El remedio, en definitiva, se sustenta en un factor de carácter netamente objetivo: el *justo precio*, que debe ser establecido a través de una prueba pericial tendiente a confrontar el precio convenido en el contrato con el justo valor de la cosa transferida al tiempo de su celebración¹¹³,

Comentario [T62]: Considero que está bien empleada

“a menos que las partes hayan estampado previamente su voluntad de contratar en una promesa de contrato, caso en el cual será en el tiempo de ésta en donde habrá de situarse el juzgado para averiguar si el precio fue lesivo”¹¹⁴.

Pronunciada la rescisión, dispone el art. 1948 del *Código Civil*, el comprador podrá, a su arbitrio, consentir en ella -obligándose en consecuencia a restituir al vendedor la cosa vendida-, o proceder a completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en la misma hipótesis, podrá a su arbitrio, consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. La norma señala, por último, que no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, y que no podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

En cuanto a la procedibilidad de la rescisión por lesión enorme, puede decirse que, a pesar de tratarse de un instituto de aplicación excepcional, procede, por disposición del legislador, en algunas otras hipótesis distintas de la compraventa, como son: la permuta de inmuebles¹¹⁵, la

¹¹³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 25 de septiembre de 2007, N° 2000-00528.

¹¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 9 de diciembre de 1999, Exp. 5368.

¹¹⁵ Art. 1958 del *Código Civil*: “Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio”.

aceptación de una asignación sucesoral¹¹⁶, la partición de la herencia¹¹⁷, la estipulación de intereses en el mutuo y en la anticresis¹¹⁸, la cláusula penal¹¹⁹, y la hipoteca¹²⁰.

Pero adicionalmente, doctrina y jurisprudencia discuten acerca de la posibilidad de que la lesión proceda frente a la venta de derechos hereditarios o gananciales, en el caso de que ésta no tenga carácter aleatorio (como, por ejemplo, cuando se realiza luego de que han sido practicados los inventarios y avalúos respectivos, de modo que ya se han ‘fijado’ los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos)¹²¹. Más controversial aún, en jurisprudencia, es la posibilidad de admitir la lesión enorme frente a la dación en pago, existiendo en este sentido dos tesis contrastantes¹²².

Comentario [T63]: Considero que está bien empleada

Eliminado: claramente

Por último, sólo a partir de la promulgación del *Código de Comercio* vigente (1971), se entiende procedente la lesión enorme en las operaciones mercantiles, dado que no se encuentra en el interior de dicho texto norma alguna que la prohíba –como sucedía en cambio otrora con el art. 218 del *Código* derogado–; lo que deriva en un vacío legal que debe ser llenado de conformidad con lo

¹¹⁶ Art. 1291 del *Código Civil*: “La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave, a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes. Se entiende por lesión grave la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad”.

¹¹⁷ Art. 1405 del *Código Civil*: “Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. /La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”. Véase también artículo 1406 y ss. del *Código Civil*.

¹¹⁸ Arts. 2231 del *Código Civil*: “El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor” y 2466 del mismo *Código*: “Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores. Los intereses que estipularen estarán sujetos, en caso de lesión enorme, a la misma reducción que en el caso de mutuo”.

¹¹⁹ Art. 1601 del *Código Civil*: “Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

¹²⁰ Art. 2455 del *Código Civil*: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. /El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”. La palabra subraya es tomada del código Civil, no puede ser modificada

¹²¹ En este sentido, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 20 de mayo de 2003, N° 6585.

¹²² En sentido positivo, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 31 de mayo de 1961, en *Gaceta Judicial*, tomo XCV, , Bogotá, 1961, N° 628, 569 y en sentido negativo, sentencia de la misma Corporación de fecha 1 de diciembre de 2008, N° 2002-00015.

Eliminado: Más ampliamente

Eliminado: ,

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

Eliminado: ciudad, año,

indicado en el art. 822 del C.Co.¹²³, el cual remite expresamente, en lo concerniente a la regulación de las obligaciones y los negocios jurídicos mercantiles, a las normas pertinentes del *Código Civil*.

Comentario [T64]: Considero que está bien empleada

PREGUNTA 15

Suele aceptarse que la inobservancia de los requisitos del contrato puede acarrear alguna de las siguientes consecuencias:

- a) inexistencia,
- b) nulidad absoluta,
- c) nulidad relativa,
- d) inoponibilidad,
- e) caducidad.

Indique si estas consecuencias son reconocidas por su Derecho y describa cada una de ellas brevemente.

Comentario [T65]: Pregunta base

El Derecho colombiano conoce y tiene previstas la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la inoponibilidad y la caducidad, como fenómenos que determinan que los negocios jurídicos no produzcan total o parcialmente los efectos que le son propios, o que si se han producido estén llamados a desaparecer.

Comentario [T66]: Considero que está bien empleada

a) Inexistencia

Es entendida como aquella situación de hecho, con repercusiones jurídicas, en la que queda un proyecto de negocio jurídico que no alcanzó a perfeccionarse por la omisión de un elemento estructural.

Dan lugar a la inexistencia la ausencia del querer negocial, la falta de un elemento esencial del respectivo esquema contractual, la carencia del objeto o de la causa, la omisión de la solemnidad constitutiva que es exigida para perfeccionar el negocio, o pretermitir la entrega de la cosa sobre la que versa el contrato cuando éste es real.

Comentario [T67]: Considero que está bien empleada

La inexistencia se configura con la simple omisión del elemento estructural y, en consecuencia, no es necesaria la decisión de ninguna autoridad para su edificación, aunque el juez puede pronunciarse sobre ella con fines de atestación.

Por estas razones es que la inexistencia no es prescriptible ya que el sólo decurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar el elemento estructural omitido.

¹²³ Art. 822, inciso primero, del *Código de Comercio*: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

Ahora, no puede hablarse de saneamiento o ratificación si posteriormente se integran todos los elementos que edifican el acto porque lo que en verdad ocurre es que sólo hasta este momento se construye el negocio por estar presentes ya todos sus elementos estructurales¹²⁴.

Comentario [T68]: Considero que está bien empleada

El artículo 898 del *Código de Comercio* menciona expresamente la inexistencia, señalando que su origen puede estar en la falta de solemnidad constitutiva o en la ausencia de un elemento esencial.

Comentario [T69]: Considero que está bien empleada

El *Código Civil*, en cambio, no tiene una disposición semejante ni utiliza la expresión “inexistencia”.

Esta situación ha dado lugar a que mayoritariamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y algún sector de la doctrina consideren que la inexistencia no tiene cabida en los contratos de estirpe civil y que la omisión de los elementos esenciales conduzca a la nulidad absoluta del negocio.

Comentario [T70]: Considero que está bien empleada

Sin embargo, no son pocas las voces que pregonan que la inexistencia sí está prevista en el *Código Civil*, y para demostrar el aserto traen a cuento, entre otras normas, al artículo 1865 de esa codificación, que dispone que si en la compraventa ni las partes ni un tercero determinan el precio “no habrá venta”.

b) Nulidad absoluta, c) Nulidad relativa

Consiste en un juicio negativo de valor que se hace a un negocio jurídico que contraviene normas imperativas, buenas costumbres o normas establecidas para la protección de incapaces o de personas cuyo consentimiento ha sido viciado.

A este propósito, el artículo 1740 del *Código Civil* expresa:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”.

La nulidad asume dos modalidades: absoluta y relativa, tal como lo expresa el citado artículo 1740.

La absoluta o relativa, tiene su origen en causales previstas por la ley y, por consiguiente, a los particulares les está vedado crearlas.

¹²⁴ En este sentido hay que entender el inciso primero del artículo 898 del *Código de Comercio* cuando expresa: “La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de los terceros de buena exenta de culpa”.

Mientras no sea pronunciada por el juez, el negocio existe y pasa por válido y, en consecuencia, está llamado a producir los efectos que le son propios, aunque persiste la causal que puede conducir al decreto de la invalidez.

Tanto la relativa como la absoluta son saneables¹²⁵, pero si la nulidad se origina en un objeto o en una causa ilícitos, el saneamiento no puede provenir de la ratificación sino exclusivamente del transcurso del tiempo¹²⁶.

El decreto de nulidad determina que el negocio desaparezca, salvo que se den los presupuestos de la nulidad parcial y, por consiguiente, los efectos que él produjo también deben desaparecer¹²⁷, a menos de que la nulidad se origine en un objeto o en una causa ilícitos de los que se tenga conocimiento, pues en estas hipótesis no puede repetirse lo dado o pagado¹²⁸.

El decreto de nulidad también da lugar, por regla general, a la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores¹²⁹.

Comentario [T71]: Considero que está bien empleada

Comentario [T72]: Considero que está bien empleada

d) Inoponibilidad

El desconocimiento o impugnación que los terceros pueden hacer de los efectos que el contrato está llamado a producir entre las partes es lo que se conoce como inoponibilidad.

El *Código de Comercio* trae una norma general sobre la inoponibilidad al expresar: “Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”¹³⁰, y en varios de sus artículos hace aplicación concreta de ella¹³¹.

En el *Código Civil* no existe una norma general semejante, pero sí contiene aplicaciones de ese fenómeno, como ocurre, por ejemplo, al prever que cualquiera de los cónyuges puede renunciar a los gananciales sin perjuicio de terceros¹³², que las adiciones o modificaciones que por medio de una escritura pública se hagan a otra no afecta a los terceros si no se toma nota al margen de ésta¹³³, y que la cesión de un crédito no produce efecto contra terceros¹³⁴ si no ha sido notificada por el cesionario al deudor¹³⁵.

¹²⁵ Arts. 1742 y 1743 del *Código Civil*.

¹²⁶ Art. 1742 del *Código Civil*.

¹²⁷ Art. 1746 del *Código Civil*.

¹²⁸ Art. 1525 del *Código Civil*.

¹²⁹ Art. 1748 del *Código Civil*.

¹³⁰ Art. 901 del *Código de Comercio*.

¹³¹ Arts. 112, 190, 300, 313, 366, 843 y 1208 del *Código de Comercio*.

¹³² Art. 1775 del *Código Civil*.

¹³³ Art. 1779 del *Código Civil*.

¹³⁴ Art. 1960 del *Código Civil*.

¹³⁵ Los artículos 1547, 1548, 1931 y 1940 del *Código Civil* son también eventos de inoponibilidad.

e) Caducidad

En el ámbito negocial se entiende por caducidad la pérdida para una de las partes de la totalidad de sus derechos contractuales, o de sólo una parte de ellos, pero sin quedar liberado de cumplir con las obligaciones que corren a su cargo en razón del contrato.

En el Derecho Privado colombiano no existe una norma general que perfile el fenómeno, aunque algunos preceptos hacen aplicaciones específicas de él.

Así, por ejemplo, si en el contrato de seguro el asegurado no da aviso de la coexistencia de seguros¹³⁶, si hay mala fe de su parte en la reclamación o comprobación del siniestro¹³⁷, si renuncia a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro¹³⁸, o si impide que el asegurador ejerza los derechos derivados de esta subrogación¹³⁹, pierde el derecho a la prestación asegurada o a la indemnización.

Tampoco existe en Colombia un precepto legal que prevea la posibilidad de que las partes puedan convenir tales condiciones de caducidad, sin embargo, de las normas legales que consagran los principios generales de los contratos puede deducirse esa eventualidad.

PREGUNTA 16

Señale las causales de nulidad que reconoce su Derecho y si existe o no distinción (y en qué consiste) entre causales de nulidad absoluta y relativa. Indique, además, si la nulidad requiere o no de declaración judicial y si sus efectos operan o no retroactivamente.

Comentario [T73]: Así aparece en el cuestionario base

La nulidad absoluta y relativa se distinguen por las causas que las originan, por la legitimación para proponerla y por el término requerido para sanearlas en virtud de la prescripción.

Si el negocio se celebra por una persona con discapacidad absoluta, si el contrato tiene un objeto o una causa ilícitos, o si en él se omiten las solemnidades o formalidades que la ley exige para el valor de algunos actos en atención a su naturaleza (que no solemnidades constitutivas), se genera la nulidad absoluta¹⁴⁰.

Ahora, si el negocio se celebra por una persona con discapacidad relativa, si el consentimiento de una de las partes ha sido expresado por error, fuerza o dolo, o si se omiten

¹³⁶ Art. 1076 del *Código de Comercio*.

¹³⁷ Art. 1078 del *Código de Comercio*.

¹³⁸ Art. 1097 del *Código de Comercio*.

¹³⁹ Art. 1098 del *Código de Comercio*.

¹⁴⁰ Arts. 1741 del *Código Civil* y 899 del *Código de Comercio*.

solemnidades o formalidades que la ley pide para el valor de algunos actos en atención al estado o calidad de una de las partes, se produce la nulidad relativa¹⁴¹.

La nulidad absoluta puede ser propuesta por cualquiera de las partes del contrato viciado, puede ser solicitada por toda persona que demuestre un interés en su pronunciamiento, el Ministerio Público puede pedirla en interés de la moral y de la ley y, finalmente, el juez puede decretarla de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato¹⁴², siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes del negocio.

Comentario [T74]: Considero que está bien empleada

En cambio, la relativa no puede ser solicitada por el Ministerio Público, el juez no puede decretarla de oficio y sólo puede ser pedida por la persona en cuyo favor la ley la ha consagrado¹⁴³.

El término de prescripción extraordinaria, que hoy es de diez años, sana la nulidad absoluta, mientras que la relativa se sana en cuatro años si se trata de un contrato civil o en dos años si es uno mercantil¹⁴⁴.

En el Derecho colombiano no opera de pleno derecho y, por consiguiente, para que ella exista es indispensable la decisión judicial en ese sentido¹⁴⁵.

En el entretanto, el negocio existe, pasa por válido y produce todos los efectos que le son propios, existiendo sólo la causa que puede conducir a la nulidad.

Pero al decretarse judicialmente la nulidad, el negocio se destruye, salvo que se den los presupuestos de la nulidad parcial¹⁴⁶, y los efectos del negocio deben retrotraerse¹⁴⁷, a menos que el origen de la nulidad sea el objeto o la causa ilícitos de los que se tenga conocimiento, casos en los cuales no puede repetirse lo dado o pagado¹⁴⁸.

Comentario [T75]: Considero que está bien empleada

5. EFECTOS DEL CONTRATO

¹⁴¹ Art. 1741, inciso segundo, del *Código Civil* y art. 900 del *Código de Comercio*.

¹⁴² Art. 1742 del *Código Civil*.

¹⁴³ Art. 1743 del *Código Civil* y art. 900, inciso segundo, del *Código de Comercio*.

¹⁴⁴ Arts. 1742 y 1750 del *Código Civil*; art. 900, inciso segundo, del *Código de Comercio*.

¹⁴⁵ Esto se desprende de las siguientes disposiciones: artículo 1625, numeral 8º, del *Código Civil*, que señala que las obligaciones se extinguen en todo o en parte “por la declaración de nulidad o rescisión”; artículo 1742, que dispone: “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez...”; artículo 1743, que dice: “la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte...”; y, en general, de los artículos 1745, 1746, 1747, 1748 y 1749 del *Código Civil*, que aluden a la declaración o pronunciamiento de la nulidad.

¹⁴⁶ Art. 902 del *Código de Comercio*.

¹⁴⁷ Art. 1746 del *Código Civil*.

¹⁴⁸ Art. 1525 del *Código Civil*.

PREGUNTA 17

Indique si en su Derecho existe una regla que establezca la posibilidad de terminar unilateralmente contratos de duración indefinida. Si no existe, señale si la doctrina y los tribunales han aceptado esta posibilidad.

Comentario [T76]: Así aparece en el cuestionario base

No existe, ni en el *Código Civil* ni en el de *Comercio*, una norma de carácter general que permita a cualquiera de las partes, vinculadas por un contrato de duración indefinida, la posibilidad de darlo por terminado de manera unilateral.

No obstante, la doctrina es unánime en afirmar que las obligaciones perpetuas e irredimibles, atentan contra el derecho fundamental a la libertad, de modo que debe permitirse siempre a las partes ponerle fin, bajo la condición de que, al hacerlo, no incurran en un abuso del Derecho. Lo que, en la práctica, supone que la parte que desea retirarse de la relación debe darle a la otra un preaviso, de modo que pueda prepararse para hacerle frente a la nueva situación y buscar la satisfacción de su interés en otro lado. En este sentido, se invoca como regla que debe ser generalizada, la reglamentación legal de la terminación unilateral del contrato de trabajo a término indefinido, en el que el trabajador puede ponerle fin en cualquier momento dando al patrón un preaviso de treinta días y, en caso de no hacerlo, podrá de todas maneras terminarlo, pero pagando la correspondiente indemnización de perjuicios. A su turno, el patrón, sin abusar de su derecho, puede ponerle fin, alegando alguna de las causas justificativas señaladas por la ley; si no lo hace, esto es, si no invoca una de las justas causas señaladas por la ley, debe indemnizar los perjuicios al trabajador.

Otros ejemplos de esta posibilidad pueden encontrarse en normas específicas, tanto en el estatuto comercial como en el civil. En aquél, por vía de ejemplo, en materia de contrato de suministro, el art. 977 del *Código de Comercio* dispone:

“Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra un preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro”.

Para el contrato de apertura de crédito, el artículo 1406 del *Código de Comercio* dispone que, si no es a plazo, cada parte podrá terminar dando el preaviso pactado y, en su defecto, uno de quince días. En el *Código Civil*, encontramos regulaciones similares para el contrato de arrendamiento de cosas (art. 2009); arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2066) y para el contrato de depósito, el cual, por ser en materia civil naturalmente gratuito y de beneficio exclusivo para el depositante, conforme a lo

Comentario [T77]: Está bien empleada

previsto por el artículo 2251, “la restitución es a voluntad del depositante”, y “si se fija un tiempo para la restitución, esta cláusula será sólo obligatoria para el depositario”.

Mención especial merece el artículo 1389 del *Código de Comercio*, que autoriza, tanto al Banco como al cuentacorrentista, ponerle fin al contrato de cuenta corriente bancaria en cualquier momento, sin necesidad de dar preaviso de ninguna especie y, en principio, sin necesidad de invocar causa justificativa alguna. Demandada por inconstitucionalidad dicha norma, por ser supuestamente violatoria del derecho de defensa del cuentacorrentista y por ser violatoria del principio de buena fe con que debe obrar siempre toda entidad bancaria, la Corte Constitucional la encontró ajustada a la Constitución Política¹⁴⁹, por las múltiples razones que en ella se exponen. Para los fines de este trabajo, tienen interés las siguientes consideraciones del fallo:

Comentario [T78]: Está bien empleada

“En el campo de la actividad contractual ordinaria el ejercicio de dicha facultad de terminación unilateral del contrato no requiere la formulación de explicaciones ni el desarrollo de un procedimiento previo a la adopción de la decisión, por tratarse precisamente del ejercicio de la autonomía de la voluntad con base en el contenido del contrato o de las normas legales reguladoras del mismo, las cuales, a su vez, tienen el mismo sustento jurídico. [D]e otro lado, debe señalarse que se trata de una facultad prevista para cada una de las partes, y no únicamente para el establecimiento bancario, y que no se trata directamente de una sanción por la supuesta comisión de una falta por una de ellas...”.

PREGUNTA 18

Señale si en su Derecho se encuentra consagrada la figura de la estipulación a favor de terceros y refiérase brevemente a su funcionamiento. Si no posee consagración legal indique si ha sido reconocida por los tribunales y la doctrina, y en qué términos la han reconocido

Comentario [T79]: Cuestionario base

Sí, efectivamente la figura de la estipulación en favor de otro se encuentra recogida en nuestro ordenamiento legal en el artículo 1506 del *Código Civil*, en los siguientes términos:

Comentario [T80]: Está bien empleada

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

Eliminado: ⚡

¹⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, C-341 del 3 de mayo de 2006.

En Colombia, su funcionamiento no difiere del que se le atribuye a la figura en el Derecho francés o, aun, en el *Código* de Andrés Bello. Se trata claramente de un temperamento o excepción al principio del efecto relativo del contrato o *res inter alius acta*, previsto en el propio *Código Civil* y con alcances y aplicaciones concretos en otras figuras contractuales, tales como el contrato de transporte de mercaderías, cuando remitente y destinatario de las mismas son sujetos distintos, o en la fiducia mercantil, cuando el beneficiario o fideicomisario es persona diferente del constituyente, fiduciante o fideicomitente. Para nuestra jurisprudencia el beneficio o el derecho atribuido al tercero nace desde el momento mismo del perfeccionamiento del contrato celebrado entre el estipulante y el promitente y desde ese momento se incorpora a su patrimonio,

Comentario [T81]: Está bien empleada

“...queda expuesto a desaparecer por dos causas: de un lado, porque el tercero beneficiario lo repudie; y, de otro, porque el promitente y el estipulante, antes de que el tercero haya aceptado el derecho, revoquen el contrato que lo originó. El derecho nace, pues, pero expuesto en su subsistencia a los dos eventos resolutorios dichos...”¹⁵⁰.

PREGUNTA 19

¿Constituye la declaración unilateral de voluntad una fuente de obligaciones contractuales? Indique si posee regulación legal y en qué términos. Si no posee regulación legal, señale en qué términos la han reconocido los tribunales y la doctrina.

Como se ha mencionado, nuestro *Código Civil* siguió la tradición del Derecho francés por la vía del *Código* de Andrés Bello. En ese orden de ideas, en el artículo 1494, que establece las fuentes de las obligaciones, se lee:

Comentario [T82]: Está bien empleada

Eliminado: anteriormente

“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”.

Al igual que en el Derecho chileno, el *Código Civil* colombiano contiene únicamente manifestaciones aisladas de la declaración unilateral de voluntad como fuente de una obligación. De igual manera, la doctrina discutió si se podía o no (junto al enriquecimiento sin causa) considerarse como una fuente de las obligaciones a los actos y declaraciones de voluntad, en general. Para ello, había quienes se apoyaban en el texto del inciso 1º del artículo 1502, que establece:

Comentario [T83]: Está bien empleada

¹⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 10 de marzo de 1970.

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga en un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita (...)”.

Nótese que en dicha disposición no se menciona para nada, ni directa ni indirectamente, al ‘contrato’; tampoco se exige el ‘consentimiento’ sino apenas una “voluntad” libre de vicios. Ello implicaría un reconocimiento como fuente autónoma de obligaciones a los actos y declaraciones de voluntad unilaterales. No obstante lo anterior, cualquier discusión en Derecho colombiano habría quedado zanjada con la expedición del *Código de Comercio*, el cual, inspirado en el *Código Civil* italiano, acogió la teoría general del “negocio jurídico”, entendiendo por tal todo acto de autonomía privada jurídicamente relevante, esto es, cualquier acto de disposición de intereses encaminado a la producción de efectos jurídicos.

Comentario [T84]: Está bien empleada

Comentario [T85]: Está bien empleada

Con base en todo lo anterior, no cabe duda que en Derecho colombiano, las declaraciones unilaterales de voluntad, entendidas como “negocios jurídicos” constituyen verdadera fuente de obligaciones.

Ahora bien, en la pregunta se precisa sobre si las declaraciones unilaterales de voluntad pueden ser fuente de “obligaciones contractuales”. A este respecto, es necesario responder inicialmente de manera negativa. En efecto, como quiera que el contrato implica necesariamente la presencia de al menos dos partes, es requisito un encuentro o convergencia de las voluntades de ambas, esto es, del “consentimiento”. No es otra cosa que una proyección del principio de la autonomía de la voluntad y una aplicación del principio *pacta sunt servanda*. El contrato es ley para las partes, porque ellas así lo han querido.

Comentario [T86]: Está bien empleada

Comentario [T87]: Está bien empleada

Ahora bien, si la pregunta es si alguien puede resultar obligado contractualmente sin haber expresado su consentimiento al momento de la formación del contrato, la respuesta habrá de ser que, de manera excepcional, ello es posible en el derecho colombiano, en dos situaciones bien precisas.

Comentario [T88]: Está bien empleada

Eliminado: mente

En primer lugar, el *Código Civil*, al lado de la figura de la estipulación en favor de otro, prevé aquélla de la “promesa por otro”, en el artículo 1507, así:

“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

Es difícil ver en la figura de la promesa por otro una derogación del principio del efecto relativo del contrato, por cuanto se exige la ratificación, que equivale a voluntad, algunos dirían “consentimiento”, del tercero que, aunque con efectos retroactivos y, por razón de ellos, hace que resulte obligado desde el momento mismo de la promesa.

En segundo lugar, el *Código de Comercio*, en aplicación de la teoría general del negocio jurídico, conoce y regula los denominados contratos plurilaterales o asociativos. Es así como en su artículo 865 establece:

“En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto”.

La admisión de los denominados negocios plurilaterales en nuestro ordenamiento jurídico no implica que los efectos del mismo deban recaer necesariamente en todos aquéllos que participaron en su formación. En efecto, es posible que al “contrato” se vinculen posteriormente individuos o “partes”, los cuales asumirán las obligaciones que correlativamente ya pesaban sobre quienes habían concurrido a su celebración.

Asimismo, dentro del marco de los negocios jurídicos plurilaterales, es posible que las “partes” ausentes, o aun disidentes, resulten vinculadas por actos o declaraciones de voluntad en cuya formación no participaron o, incluso, se opusieron a ellas, como en el evento de las decisiones adoptadas por órganos de las personas jurídicas, y por los trabajadores de una empresa que no participaron en las decisiones que se plasmaron en un pacto o convención colectiva.

Se trata, sin lugar a dudas, de actos y declaraciones de voluntad encaminados a producir efectos en la esfera jurídica de terceros que no concurrieron a su celebración, o que habiendo concurrido, no expresaron una voluntad conforme.

Comentario [T89]: Está bien empleada

Comentario [T90]: Está bien empleada

Comentario [T91]: Está bien empleada

Eliminado: Asimismo

Eliminado: especialmente en el Derecho Societario

Comentario [T92]: Está bien empleada

Eliminado: finalmente

PREGUNTA 20

Señale qué efectos produce la simulación entre las partes y respecto de terceros. Aquí conviene distinguir si se trata de simulación absoluta o relativa y lícita e ilícita. Es útil, además, considerar qué sucede cuando existen, a la vez, terceros a quienes benefician los efectos del acto simulado y terceros a quienes benefician los efectos del acto disimulado.

Indique si en su Derecho existen otras distinciones respecto de la simulación que contribuyan a explicar su funcionamiento.

La simulación no se encuentra expresamente definida en el Derecho colombiano. Sin embargo, la jurisprudencia ha estructurado la figura, tanto en lo que se refiere a su contenido como a sus elementos, su clasificación y sus efectos, entre otros aspectos, con fundamento, especialmente, en el artículo 1766 del *Código Civil*, según el cual:

Comentario [T93]: Está bien empleada

Comentario [T94]: Está bien empleada

“Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.

Eliminado: 

De acuerdo con el inciso primero de esta disposición, tratándose de una simulación relativa, en la que, si bien hay una entidad negocial única, hay una manifestación reservada y otra pública¹⁵¹, la primera no produce efectos contra terceros. Esto supone que sí puede producir efectos en relación con ellos, si los favorece. La jurisprudencia ha aplicado el mismo razonamiento en el caso de la simulación absoluta; frente a los terceros, producirá efectos el acto dispositivo exterior, salvo que su ausencia los beneficie¹⁵².

Ahora bien, en el evento en que existan, a la vez, terceros a quienes benefician los efectos de la manifestación pública y terceros a quienes benefician los efectos de la manifestación reservada, la jurisprudencia nacional¹⁵³ ha considerado, siguiendo a la doctrina¹⁵⁴, que debe darse preferencia a los primeros. Para ello, ha tenido en cuenta la previsión citada del inciso primero del artículo 1766 del *Código Civil*, en cuanto de él se deriva la imposibilidad de hacer valer en contra de los terceros una manifestación privada de las partes.

En el mismo pronunciamiento que acaba de citarse, visto el conflicto entre los intereses de los acreedores del propietario aparente y los del dueño verdadero, con ocasión de una compraventa simulada, se precisa:

“lo que más consulta los dictados de la justicia es, ante la imposibilidad de aniquilar los actos de enajenación fingidos, que el decreto de simulación se limite a reconocer el

¹⁵¹ Este planteamiento da cuenta de la adopción de la tesis monista de la simulación por la jurisprudencia nacional. Cfr., entre otras en ese sentido, sentencias de 16 de mayo de 1968, 31 de marzo de 1992 (Exp. 3245) y 30 de julio de 2008 (Exp. 41001-3103-004-1998-00363-01).

¹⁵² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de septiembre de 2006 (Exp. 050013103007-1997-5826-01).

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ En el ámbito nacional, cita la Corte a Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, p. 131.

derecho de los acreedores del propietario real a recoger lo que llegase a quedar en las ejecuciones seguidas contra el propietario aparente...”.

De este modo, se logra “conciliar adecuadamente los derechos de unos y otros”.

Comentario [T95]: Tomada de manera literal

En cuanto a los efectos de la simulación entre las partes, sin perjuicio de que, en ciertos casos, según lo explicado, se imponga la necesidad de proteger los derechos de terceros, al margen de la real voluntad de las partes, éstas, tratándose de la simulación absoluta,

“están definitivamente atadas por la ausencia del negocio inmerso en la apariencia de la realidad; en cambio, la simulación relativa impone la celebración de un negocio distinto, verbigracia, donación en vez de compraventa, y por lo mismo, las partes adquieren los derechos y obligaciones inherentes al tipo negocial resultante de la realidad”¹⁵⁵.

Comentario [T96]: No puede modificar, es un extracto de una sentencia

Conviene advertir, por último, que la jurisprudencia colombiana ha considerado reiteradamente que el negocio jurídico simulado, *per se*, no es ilícito, fraudulento o engañoso, ni, de suyo, comporta nulidad absoluta. Este planteamiento ha sido reiterado en la sentencia de 30 de julio de 2008, en la cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó, adicionalmente, retomando un pronunciamiento anterior, que:

Comentario [T97]: Está bien empleada

Comentario [T98]: Está bien empleada

“(…) Superada desde hace ya largo tiempo la teoría de la simulación-nulidad, se tiene definido que, en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, pueden los particulares, siempre que no violen los límites del orden público, elegir las formas que consideren pertinentes para llevar a cabo sus designios; incluida allí la facultad para ‘hacer secreto lo que pueden hacer públicamente’”,

fingiendo ante terceros una convención que no se encuentra destinada a producir los efectos aparentado¹⁵⁶.

Por lo anterior, la distinción entre simulación lícita e ilícita no tiene relevancia en el Derecho colombiano para definir los efectos de la figura entre las partes y frente a terceros.

PREGUNTA 21

¿A partir de qué momento se entiende que se transfieren los riesgos de pérdida o imposibilidad de la prestación? En otras palabras, ¿cómo se encuentra perfilada la teoría de los riesgos?

¹⁵⁵ Sentencia de 6 de mayo de 2009 (Exp. 11001-3103-032-2002-00083-01).

¹⁵⁶ Sentencia de 30 de julio de 2008 (Exp. 41001-3103-004-1998-00363-01).

Tanto el *Código Civil*¹⁵⁷ como el de *Comercio*¹⁵⁸ parten de la concepción de la venta como negocio con efectos obligatorios, no obstante, consagran diversas soluciones en materia de riesgo de pérdida de la cosa debida.

El *Código Civil*, en su art. 1607, establece la regla general de atribuirlo al acreedor (*periculum emptoris*):

“El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega”.

Tratándose del contrato de compraventa, consagra igualmente la regla del *periculum emptoris*, en el art. 1876:

Comentario [T99]: Está bien empleada

Eliminado: especifica~~mente~~

“La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse al contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador”.

~~De conformidad con~~ la mencionada regla, salvo estipulación de plazo o condición, “los frutos naturales pendientes al momento de la venta y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa pertenecerán al comprador” (art. 1872), quien es, a su vez, el que soporta el riesgo.

Eliminado: En

Eliminado: consonancia con

Con formato: Sin Resaltar

Con formato: Sin Resaltar

La regla *periculum emptoris* no se extiende a otros tipos de contratos que comporten la obligación de dar una cosa cierta que no conlleve la transferencia de la propiedad, pues a diferencia de la compraventa, en estos casos rige la regla conforme a la cual la pérdida recae sobre el dueño como, por ejemplo en el contrato de obra (art. 2057), de comodato (art. 2203), de mandato (arts. 2179 y 2179), o de arrendamiento (art. 2008).

¹⁵⁷ Art. 740 del *Código Civil*: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

¹⁵⁸ Art. 905 del *Código de Comercio*: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

En materia mercantil, en cambio, el *Código de Comercio* pone el riesgo de la pérdida de la cosa vendida en cabeza del vendedor, adoptando el *periculum venditoris*, por oposición al *periculum emptoris* del *Código Civil*. Así, el art. 929 reza:

“En la venta de un ‘cuerpo cierto’, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa”.

El estatuto mercantil mantiene la regla civil conforme a la cual los frutos naturales pendientes al tiempo de la entrega, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador (art. 919 del C.Co.).

La jurisprudencia¹⁵⁹ y la doctrina colombianas se inclinan por una interpretación del *Código Civil* que converja en el *periculum venditoris*: Alberto Tamayo Lombana¹⁶⁰, Arturo Valencia Zea¹⁶¹, Álvaro Pérez Vives¹⁶². En una posición disidente, con argumentos cimentados en la tradición romanista: Martha Lucía Neme Villarreal¹⁶³.

Eliminado: fuertemente

PREGUNTA 22

Explique de qué manera se encuentra regulada en su Derecho la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviviente.

La teoría de la imprevisión se encuentra regulada en el artículo 868 del *Código de Comercio* -vigente desde el 1 de enero de 1972-, en los siguientes términos:

“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”.

Eliminado: 2

Eliminado: 3

¹⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 29 de febrero de 1936.

¹⁶⁰ Alberto TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones. La responsabilidad civil fuente de las obligaciones*, p. 314.

¹⁶¹ VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil*, vol. IV: De los contratos, p. 83.

¹⁶² PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, II, N° 150, y III, N°s. 338 y 561

¹⁶³ NEME VILLARREAL, (n. 28),

Eliminado: 2

Eliminado: 3

En materia civil, no existe una norma general que consagre esta teoría, pero su formulación fue hecha por la jurisprudencia desde las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 29 de octubre de 1936, 25 de febrero de 1937 y 23 de mayo de 1938¹⁶⁴, mediante la construcción de una regla general del Derecho –claramente diferenciada de las nociones de error y fuerza mayor–, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 8 de la ley N° 153 de 1887¹⁶⁵ y a partir del aforismo romano *rebus sic stantibus*.

Comentario [T100]: Está bien empleada

Existen, además, en el Código Civil, disposiciones que prevén aplicaciones específicas de la teoría de la imprevisión. Entre ellas, el artículo 1882, inciso cuarto, referido a las obligaciones del vendedor¹⁶⁶, y el numeral 2 del artículo 2060, ubicado en un capítulo referido a los contratos para la confección de una obra material¹⁶⁷.

Comentario [T101]: Está bien empleada

En otras materias, como las relativas a los contratos de trabajo¹⁶⁸ y a los contratos estatales¹⁶⁹, existen, igualmente, regulaciones generales de la teoría de la imprevisión.

Comentario [T102]: Está bien empleada

6. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

PREGUNTA 23

¹⁶⁴ En esta sentencia, se exigió que se tratara de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hubieran podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultara en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato perdiera para la parte obligada todo sentido y finalidad. Además, se reiteró lo expresado en la sentencia de 29 de octubre de 1936, en el sentido de que la aplicación de la teoría sólo procede respecto de contratos en ejecución, y no respecto de los ya cumplidos.

Eliminado: icialmente,

¹⁶⁵ Art. 8: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

¹⁶⁶ Art. 1882: “(...) 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 se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago”.

¹⁶⁷ Art. 2060: “Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes: (...) 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”.

¹⁶⁸ El artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo establece: “Todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor”.

¹⁶⁹ El artículo 5 de la ley N° 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa, prevé, en su numeral 1°, que los contratistas “tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

¿Existe en su Derecho una regla según la cual, conocida claramente, deba preferirse la verdadera voluntad de las partes a lo literal de las palabras?

Comentario [T103]: Cuestionario base

Sí existe. El *Código Civil* dispone lo siguiente, en su artículo 1618, ubicado en el título denominado “De la interpretación de los contratos” del libro IV (“De las obligaciones en general y de los contratos”): “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Comentario [T104]: No puede modificarse, es la redacción de un artículo del Código Civil

Esta norma se aplica en materia comercial, por remisión expresa del inciso primero del artículo 822 del *Código de Comercio*¹⁷⁰.

En opinión de algunos autores¹⁷¹, los artículos 1619, 1620 y 1622, ubicados en el mismo título del *Código Civil*¹⁷², establecen criterios para determinar la intención de los contratantes.

También existen otras disposiciones en el *Código Civil* que consagran la tesis de la prevalencia, en los actos jurídicos, de la voluntad real de los agentes sobre la declaración, como el art. 1127, ubicado en el título denominado “De las asignaciones testamentarias”, y el 1540, ubicado en el título denominado “De las obligaciones condicionales y modales”¹⁷³.

PREGUNTA 24

¿Existen reglas especiales de interpretación tratándose de condiciones generales o contratos por adhesión y contratos electrónicos? Si la respuesta es positiva explíquelas brevemente.

Comentario [T105]: Cuestionario base

No existen en el Derecho colombiano reglas especiales que se ocupen de la interpretación del contrato tratándose de condiciones generales o contratos de adhesión o electrónicos; sólo existe la

¹⁷⁰ Véase supra n. 123.

¹⁷¹ Cfr. Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2005, pp. 398-400. n. 171

¹⁷² Art. 1619: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”; art. 1620: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno”; art. 1622: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

¹⁷³ Art. 1127: “Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. /Para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido”; art. 1540: “La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes. Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa”.

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

regla del *Código Civil* que ordena interpretar las cláusulas ambiguas contra la parte que las haya dictado (art. 1624).

En ese sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que frente a los amplios poderes que tiene quien puede imponer condiciones generales de contratación o contratos de adhesión, representan un papel fundamental las reglas hermenéuticas, que tienen que orientarse de manera decidida a proteger al adherente. Así, continúa la Corte, el criterio tradicional subjetivo de desentrañar la común intención de las partes (art. 1618 del *Código Civil*) se desdibuja, pues “no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario”, por lo que en estos casos

Comentario [T106]: No puede modificarse, es una cita

“cobran especial relevancia algunos criterios objetivos, particularmente la regla *contra proferentem*, que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante (art. 1624)”¹⁷⁴.

Comentario [T107]: No puede modificarse, es una cita

7. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

PREGUNTA 25

¿En qué lugar debe cumplirse el contrato?

Dice el artículo 1645 del *Código Civil* que “el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención” y, por su parte, la doctrina agrega que, en caso de silencio, se deberán seguir los dictados del sentido común y la equidad, a más que la individualización del sitio va de la mano con la índole o contenido de la prestación y la clase de contrato¹⁷⁵.

Tratándose de entrega de cosas de cuerpo cierto, el pago se deberá hacer en el lugar en que “dicho cuerpo exista al tiempo de constituirse la obligación”; tratándose de otro tipo de cosas -de género-, “se hará el pago en el domicilio del deudor” (art. 1646 del C.C.); y si el acreedor o el deudor hubieren cambiado de domicilio entre el nacimiento de la obligación y el momento del cumplimiento, el pago se hará en el lugar en que sin dicha mudanza correspondería (art. 1647 del C.C.).

A su turno, el *Código de Comercio* de 1971 invirtió la regla, al afirmar (art. 876) que la obligación que tenga por finalidad una suma de dinero “deberá cumplirse en el lugar del domicilio

¹⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de noviembre de 2009.

¹⁷⁵ Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, vol. I, p. 615 y ss.

que tenga el acreedor al tiempo del vencimiento”, y si dicho domicilio fuere diferente al que tenía al momento de celebrarse el contrato y ello hace más gravosa la situación al deudor, éste podrá pagar en el lugar de su propio domicilio, dando aviso al acreedor.

Las normas no son imperativas sino subsidiarias al acuerdo entre las partes.

En fin, la jurisprudencia se limita a reiterar el contenido de las normas en cuestión sin darles una interpretación diferente al tenor literal de las mismas¹⁷⁶.

PREGUNTA 26

¿En qué momento debe cumplirse el contrato?

El cumplimiento de las obligaciones contractuales debe producirse¹⁷⁷:

- a) Si el contrato establece un plazo (determinado o determinable; expreso o tácito): en cualquier momento dentro del mismo¹⁷⁸; salvo que el deudor se constituya en quiebra o en insolvencia notoria, o que, por hecho o culpa suya, las cauciones otorgadas se extingan o disminuyan considerablemente su valor, en cuyo caso, el acreedor podrá exigir el

Comentario [T108]: No puede modificarse.

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 25 de enero de 2005, Exp. 01350-00.

¹⁷⁷ Sobre el particular, es pertinente puntualizar que la doctrina sostiene: “no puede hablarse con propiedad de ‘contrato a término’, o de ‘contrato condicional’, sino de obligaciones a término y de obligaciones condicionales, como quiera que los efectos finales del contrato son las obligaciones (art. 1495 del C. C.), y que diferenciar entre ‘término referido al efecto negocial’ y ‘término de la ejecución de la obligación’, [n]o deja de ser artificioso”: HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones I, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002*, cit. p. 588 (101).

Eliminado: preliminarmente

¹⁷⁸ Arts. 1551 del *Código Civil*: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo. No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”; y 829 del *Código de Comercio*: “En los plazos de horas, días, meses y años, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: 1) Cuando el plazo sea de horas, comenzará a contarse a partir del primer segundo de la hora siguiente, y se extenderá hasta el último segundo de la última hora inclusive; 2) Cuando el plazo sea de días, se excluirá el día en que el negocio jurídico se haya celebrado, salvo que de la intención expresa de las partes se desprenda otra cosa, y 3) Cuando el plazo sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año; si éste no tiene tal fecha, expirará en el último día del respectivo mes o año. El plazo que venza en día feriado se prorrogará hasta el día siguiente. El día de vencimiento será hábil hasta las seis de la tarde. PAR. 1º. Los plazos de días señalados en la ley se entenderán hábiles; los convencionales, comunes. PAR. 2º. Los plazos de gracia concedidos mediante acuerdo de las partes, con anterioridad al vencimiento del término, se entenderán como prórroga del mismo”. Sobre el particular, también, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 2 de abril de 2009, N° 2002-00421: “El incumplimiento de una obligación sometida a plazo solo se configura una vez finalizado el día en que vence el término, es decir, cuando el plazo se haya extinguido sin que aquella se hubiere satisfecho, por lo tanto, es al día siguiente cuando puede darse como causado el incumplimiento. Mientras el término esté corriendo, esto es, mientras no se extinga, no hay incumplimiento”.

Eliminado: cuál

Eliminado: /

Eliminado: /

cumplimiento antes de la expiración de dicho plazo (sin embargo, para conservar el beneficio del plazo, el deudor cuenta con la posibilidad de renovar o mejorar las cauciones)¹⁷⁹.

Adicionalmente, jurisprudencia¹⁸⁰ y doctrina hablan de un ‘término esencial’ en alusión a

Comentario [T109]: Está bien empleada

“aquel que en razón de la intención de las partes al contratar o de las circunstancias determina una oportunidad única. [L]os ejemplos son numerosos y vistosos: la entrega del vehículo para un determinado viaje, la terminación del arreglo del pabellón para la feria, la obligación de espectáculo en ambos sentidos: de parte del espectador y de la del empresario: la ejecución posterior de la prestación no es aceptable o exigible”¹⁸¹.

b) Si el contrato establece una condición (suspensiva): una vez verificada ésta en su totalidad¹⁸²;

c) En los demás casos: en cualquier momento después del perfeccionamiento del contrato.

Luego, específicamente en materia de compraventa, el art. 1882 del *Código Civil* establece: “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él” y el art. 924 del *Código de Comercio*, por su parte, prescribe:

Comentario [T110]: Está bien empleada

Comentario [T111]: Está bien empleada

“El vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado. A falta de estipulación deberá entregarla dentro de las veinticuatro horas siguientes al perfeccionamiento del contrato, salvo que de la naturaleza del mismo o de la forma como deba hacerse la entrega se desprenda que para verificarla se requiere un plazo mayor”.

PREGUNTA 27

¹⁷⁹ Art. 1553 del *Código Civil*: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1. Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia. 2. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”. La doctrina sostiene que la hipótesis de extinción de las cauciones puede hacerse extensiva al caso en que el deudor no cumpla con la constitución de las cauciones que hubiere prometido. Cfr. también Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, p. 241.

¹⁸⁰ A título de ejemplo, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 19 de diciembre de 2009, N° 1996-09616.

¹⁸¹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones I, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002*, cit. v.p. 588 y ss.

¹⁸² Art. 1542 del *Código Civil*: “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

Eliminado: cuál!

¿Quién soporta los costos del cumplimiento de la prestación?

De acuerdo con el art. 1629 del *Código Civil*¹⁸³, los gastos que ocasione el pago, es decir, los costos y expensas –tanto materiales como jurídicos– en que deba incurrirse para la ejecución de la prestación, ya sea que se realice en forma voluntaria o coactiva, son de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado por las partes y de lo que el juez ordene acerca de las costas judiciales¹⁸⁴.

Luego, ~~de conformidad~~ con la anterior disposición, el art. 1881 del *Código Civil*, específicamente en materia de compraventa, señala:

Eliminado: en consonancia

Comentario [T112]: Está bien empleada

“Al vendedor tocan naturalmente los costos que se hicieren para poner la cosa en disposición de entregarla, y al comprador los que se hicieren para transportarla después de entregada”

y el art. 909 del *Código de Comercio*, en su inciso segundo, establece:

“Salvo costumbre comercial o pacto en contrario, los gastos de entrega de la cosa vendida corresponderán al vendedor y los de recibo de la misma, al comprador”.

Ahora, si el pago debe realizarse ‘por consignación’ (en virtud de la negativa injusta del acreedor a recibir la prestación o, también, por su no comparecencia), la regla se invierte, en el sentido de que todas las expensas que se realicen para llevar a cabo dicha consignación (y la correspondiente oferta precedente), serán de cargo del acreedor, tal como lo dispone el art. 1662 del *Código Civil*¹⁸⁵.

Por último, en materia de depósito, el art. 2256 del *Código Civil* dispone: “Los costos del transporte que sean necesarios para la restitución del depósito serán de cargo del depositante”.

PREGUNTA 28

¿Se encuentra regulado el cumplimiento parcial y el cumplimiento anticipado del contrato?

El tema del pago parcial no tiene un tratamiento expreso en el *Código Civil*. Como sea, el acreedor tiene derecho a la prestación exacta, completa, según el título que le dio origen, y así lo preceptúa el

¹⁸³ Art. 1629 del *Código Civil*: “Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales”.

¹⁸⁴ Véase HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones I*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, cit. p. 649; OSPINA FERNÁNDEZ (n. 179), p. 352.

¹⁸⁵ El cual reza: “Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor”.

Eliminado: cuál

art. 1627 del *Código Civil* cuando dice: “el pago se hará bajo todos respetos en conformidad al tenor de la obligación...”; además, y salvo pacto en contrario, “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba...” (art. 1649 del C.C.) aun cuando la obligación sea divisible. Con todo, excepcionalmente, el acreedor en determinadas circunstancias y por disposición de la ley, puede ser tenido a recibir un pago parcial, como cuando el **Código de Comercio** afirma que el tenedor de una letra de cambio no puede rehusar dicho pago parcial (art. 630); o cuando tratándose de crisis de la empresa y en el caso en que las prestaciones no pecuniarias se hayan reducido a dinero, el acreedor pueda resultar recibiendo abonos a medida que el representante de la masa vaya ordenando los pagos (arts. 101, 133, 198 de la ley N° 222 de 1995).

Comentario [T113]: Está bien empleada

Por otro lado, si dentro del contrato se ha pactado una cláusula penal y el deudor cumple solamente parte de la obligación principal con aceptación del acreedor, hay lugar a rebajar proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento (art. 1596 del *Código Civil*). De tal forma que, pese a que el acreedor no está obligado a recibir por partes lo que se le debe, dice la Corte Suprema de Justicia:

Comentario [T114]: Está bien empleada

Comentario [T115]: Está bien empleada

“Es claro que si *acepta* en parte el cumplimiento de la obligación principal [p]ara evitar un *enriquecimiento indebido* o un *doble pago*, respecto de la parte honrada por el *solvens*, otorga a este el derecho para que la pena estipulada por el simple incumplimiento de esa obligación principal, sea rebajada en la proporción efectivamente ejecutada”¹⁸⁶.

Por lo demás, ha dicho la Corte Suprema que para que proceda la resolución del contrato frente a un cumplimiento parcial de la prestación habrá que ver la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento en relación con lo convenido por las partes, el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación o el impacto que se haya producido en la economía del contrato¹⁸⁷.

Por su parte, en el *Código Civil* tampoco se regula de manera expresa lo relativo al pago anticipado, pero de algunas normas dispersas se puede deducir el tratamiento que se da a la materia: si el término beneficia sólo al acreedor, el deudor no puede anticipar el cumplimiento, pues como se dice respecto al contrato de depósito, “la restitución es a voluntad del depositante” (art. 2251); por el contrario, se colige que si el término estipulado para el cumplimiento beneficia sólo al deudor, como en el caso del préstamo gratuito, bien puede el deudor renunciar a él y proceder a la restitución de la cosa anticipadamente.

Comentario [T116]: Está bien empleada

Comentario [T117]: Está bien empleada

¹⁸⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de diciembre de 2009.

¹⁸⁷ Por ejemplo, sentencia de la Sala de Casación Civil, de 18 de diciembre de 2009.

Si se trata de contratos en que el interés es mutuo, no es aceptable, por parte del deudor, el pago prematuro que cause perjuicio al acreedor, pues según lo previene el art. 1554, el deudor puede renunciar al plazo, salvo que las partes hayan convenido lo contrario o que “la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar”.

Comentario [T118]: Está bien empleada

Comentario [T119]: Está bien empleada

En lo que hace al contrato de mutuo, el artículo 2229 del Código dice que el mutuario puede pagar toda la suma anticipadamente a menos que se hayan pactado intereses, norma que la Corte Constitucional declaró exequible siempre que se entienda que no se aplica para los créditos de vivienda a largo plazo “en razón a que dichos créditos están regulados por normas específicas de intervención del Estado”¹⁸⁸, y en efecto, una ley posterior (Nº 546 de 1999, art. 17, numeral 9) dispuso que los establecimientos de crédito pueden otorgar préstamos para vivienda siempre que “... se acepte expresamente el prepago, total o parcial de la obligación en cualquier momento sin penalidad alguna”. La doctrina ve con buenos ojos estas intervenciones de *favor debitoris* por parte de la jurisdicción y del legislador, en obsequio de estratos amplios de deudores¹⁸⁹.

Comentario [T120]: Está bien empleada

Comentario [T121]: Está bien empleada, es una cita

8. INCUMPLIMIENTO

PREGUNTA 29. ¿Cómo se define el incumplimiento contractual en su Derecho?

En el Derecho colombiano, no hay definición legal del incumplimiento de obligaciones contractuales; sin embargo, algunas normas del Código Civil dan luces para delimitar la noción¹⁹⁰.

La jurisprudencia, por su parte, sostiene:

¹⁸⁸ Sentencia de la Corte Constitucional, C-252 de 26 de mayo de 1998.

¹⁸⁹ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones I*, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, cit., p. 605.

¹⁹⁰ Art. 1613 del Código Civil: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”; art. 1614 del Código Civil: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplidola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”; art. 1608 del Código Civil: “El deudor está en mora: 1º.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2º.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3º.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Con formato: Resaltar

Eliminado: cual?

“Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión en el patrimonio del actor y, c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo”¹⁹¹.

PREGUNTA 30

¿Constituye la imputabilidad del deudor (es decir, su culpa o dolo) un requisito del incumplimiento contractual?

En materia contractual, desde la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha servido de la clasificación de las obligaciones en *de medios* y *de resultado*¹⁹² con el fin de precisar los regímenes objetivos y subjetivos de reparación de daños por incumplimientos de obligaciones convencionales¹⁹³.

Dentro de esta óptica, el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de responsabilidad que puede ser con culpa probada –la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante– o con culpa presunta –es al demandado a quien le compete probar en contrario–¹⁹⁴.

En cuanto a la carga de la prueba del incumplimiento, la regla general establece que le corresponde a quien lo alega (artículos 1757 del *Código Civil*¹⁹⁵ y 177 del *Código de Procedimiento Civil*¹⁹⁶) y si se tiene en cuenta que el deudor de una “obligación de medios” sólo incumple si no

¹⁹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 4 de julio de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 6461, consultable en: www.cortesuprema.gov.co. visitada el 12 de enero de 2011.

¹⁹² Betty Mercedes MARTÍNEZ CÁRDENAS, “La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y de resultado en el derecho colombiano, en autor responsable”, pp. 899 a 914.

¹⁹³ Sobre los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia colombiana para calificar las obligaciones como de medios o de resultado: Paola CASTAÑEDA CÁCERES, *La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia*.


¹⁹⁴ Art. 1604 del *Código Civil*: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

¹⁹⁵ Art. 1757 del *Código Civil*: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”.

¹⁹⁶ Art. 177 del *Código de Procedimiento Civil*: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

Eliminado: 

Eliminado: 

Eliminado: 

Eliminado: 

procede de forma diligente y prudente, le correspondería, entonces, al acreedor demandante entrar a probar la culpa de aquél. Sin embargo, tanto el inciso tercero del artículo 1604 como el artículo 1730 del *Código Civil*, en la hipótesis de la obligación de guarda, disponen que le corresponde al deudor de la obligación probar la ausencia de culpa. Así las cosas, de acuerdo con la disposición que consagra las “obligaciones de medios” (artículo 1604) operaría inversión en la carga de la prueba: el acreedor demandante no tendría que probarla –se presume– y correspondería al deudor demandado la prueba en contrario. Empero, la jurisprudencia colombiana aún no parece haberse decidido por ninguna de estas dos normas y, algunas veces, exige la prueba de la culpa en la demanda y, en otras ocasiones, aplica la presunción¹⁹⁷.

El incumplimiento de una obligación de resultado conlleva un régimen objetivo de responsabilidad, puesto que el acreedor insatisfecho no está obligado a probar la culpa del deudor incumplido y éste tampoco puede exonerarse demostrando la ausencia de culpa; sin embargo, en el discurso de la jurisprudencia siempre se sigue utilizando la palabra ‘culpa’¹⁹⁸.

En los últimos años, tanto el legislador como los jueces han aumentado considerablemente el número de obligaciones de resultado de hacer, distintas de las entregas no traslativas de dominio. Así, pues, se consideran obligaciones de resultado las del transportador (artículos 992, 1003 y 1030 del *Código de Comercio*), el depositario comerciante (art. 1171 del *Código de Comercio*), las entidades financieras que prestan el servicio de cajillas de seguridad (artículo 1417 del *Código de Comercio*), etc. Adicionalmente, la jurisprudencia, con base en el artículo 1603 del *Código Civil*, ha venido consagrando ciertas obligaciones de información y consejo o de seguridad¹⁹⁹

Comentario [T122]: Está bien empleada

Comentario [T123]: Está bien empleada

¹⁹⁷ Véanse, por ejemplo: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 31 de mayo de 1938, M.P. Juan Francisco Mújica, en *Gaceta Judicial*, tomo. XLVI, N° 1936, Bogotá, junio de 1938, p. 572 y de 3 de noviembre de 1977, M.P. Ricardo Uribe Holguín, en *Gaceta Judicial*, tomo CLV, N° 2396, Bogotá, ciudad, enero-diciembre de 1977, p. 331.

Eliminado: ciudad

¹⁹⁸ Véanse, por ejemplo, respecto del contrato de compraventa: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 7 de junio de 1951, M.P. Alberto Holguín Lloreda, en *Gaceta Judicial*, N° 2100 y 2101, Bogotá, 1951, p. 688 y ss. y de 26 de enero de 1982, M.P. José María Esguerra Samper, en *Gaceta Judicial*, tomo CLXV, N° 2406, Bogotá, 1982, p. 21 y ss. En lo que concierne al contrato de arrendamiento de inmuebles, una jurisprudencia clásica confundió la obligación de guarda –obligación de medios– que pesa sobre el arrendatario con la obligación de restituir la cosa a la fecha de terminación del contrato y, dentro de esta perspectiva, llegó a sostener que esta última es una obligación de medios. Véanse: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 30 de noviembre de 1935. M.P. Eduardo Zuleta Ángel, en *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, N° 1905 y 1906, Bogotá, 1935, pp. 175 a 187 y de 5 de mayo de 1942, M.P. Aníbal Cardoso Gaitán, en *Gaceta Judicial*, tomo LIII, N° 1845 y 1985, Bogotá, 1942, pp. 559 a 567.

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

Eliminado: ciudad, año

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

Eliminado: ciudad

Eliminado: , año

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

Eliminado: ciudad

¹⁹⁹ Sobre las obligaciones de seguridad, véanse: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de octubre de 2005, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. N° 14491; de 26 de noviembre de 1986, M.P. Héctor Gómez Uribe, en *Gaceta Judicial*, tomo CLXXXIV, N° 2423, Bogotá, 1986, pp. 359 a 389 y de 12 de septiembre de 1985, M.P. Horacio Montoya Gil, en *Gaceta Judicial*, tomo CLXXX, N° 2419, Bogotá,

1985, pp. 407 a 426. Respecto de las obligaciones de información y de consejo del médico, la ley N° 23 de 1981, en su artículo 16, establece que éste debe comunicar al paciente los riesgos normalmente previsible para el caso concreto. Véanse también: sentencias de la Corte Constitucional de 2 de agosto de 1999, T-551, M.P. Alejandro Martínez Caballero y del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 24 de enero de 2002, C.P. Es la abreviatura para Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. N° 12706. En cuanto al secreto que deben guardar profesionales como médicos, contadores públicos, revisores fiscales, periodistas, etc., véanse: sentencias de la Corte Constitucional de 28 de septiembre de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz; de 13 de junio de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; de 23 de noviembre de 2000, T-1563, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; de 4 de marzo de 1998, C-062, M.P. Carlos Gaviria Díaz; y del 16 de febrero de 1995, SU-056, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Eliminado: año

Con formato: Resaltar

en cabeza de algunos profesionales como médicos, contadores públicos y entidades financieras,

PREGUNTA 31

Constituye el carácter esencial (o relevante o grave) del incumplimiento un requisito de éste o basta cualquier desviación del programa contractual?

Con formato: Sangría:
Izquierda: 0 cm

I. Teoría general

Los artículos 1546 del *Código Civil* y 870 del *Código de Comercio* colombianos no hacen referencia al carácter esencial, grave o relevante del incumplimiento contractual.

La jurisprudencia, por su parte, sostiene:

“[E]n todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un *término esencial*, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la *economía del contrato*”²⁰².

“Ahora bien, es cierto que la Corte, con toda precisión, ha sostenido que ‘en rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra. De manera que (...) para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc.’ (sentencia. de septiembre 11 de 1984)”²⁰³.

“Se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él consintió, etc.”²⁰⁴.

II. Regímenes especiales.

A. Régimen civil.

²⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

²⁰³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de octubre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 7451.

²⁰⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 11 de septiembre de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, *Gaceta Judicial*, tomo 176, N° 2415, Bogotá, 1984, p. 237.

Eliminado: ciudad

Eliminado: año,

Contrato de arrendamiento de vivienda urbana

Artículo 1984 del *Código Civil*:

“Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicio. ~~Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito”.~~

Eliminado: 

B. Régimen comercial

Contrato de suministro

Artículo 973 del *Código de Comercio*:

“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las pretensiones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuándo ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos. /En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente. /Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación”.

Contrato de agencia

Artículo 1325 del *Código de Comercio*:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: 1. Por parte del empresario: a. El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley; (...)”.

Colombia, mediante la ley N° 518 de 1999, adoptó la “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 que consagra la noción de “incumplimiento esencial”.

PREGUNTA 32

¿Se encuentra regulada en su Derecho el incumplimiento determinado por la interferencia de la otra parte? Explique. Si la respuesta es negativa, indique los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales pertinentes.

Para revisión

72

En el Derecho colombiano no existe una regulación de la causa extraña en materia contractual – fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero y hecho del acreedor– de origen legal y los desarrollos jurisprudenciales en la materia parten siempre de las nociones creadas en la doctrina de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, en el *Código Civil* se pueden encontrar dos normas que permiten dar fundamento a una teoría básica del hecho del acreedor como causa extraña:

Artículo 2184 del *Código Civil*: “El mandante es obligado: 1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato (...)”.

Artículo 1732 del *Código Civil*: “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado”.

Art. 2178 del *Código Civil*:

“El mandatario puede por un pacto especial, tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor”.

De la primera regla se puede inferir que el mandatario no es responsable por la inejecución debida al hecho de que el mandante no cumpliera con sus cargas contractuales, si el mandante actúa de forma tal que le impida cumplir con sus obligaciones contractuales.

De los artículos segundo y tercero se desprende que el deudor contractual puede asumir la responsabilidad hasta por la fuerza mayor o caso fortuito y, en la hipótesis del mandato, por el hecho de terceros. Sin embargo, parece excluirse el hecho del acreedor ya que, de lo contrario, el acreedor podría reclamar la responsabilidad del deudor por una inejecución imputable al acreedor mismo, lo cual iría en contravía del principio *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, cuyas principales consagraciones normativas se encuentran en los artículos 1552 del *Código Civil*²⁰⁵ y 1055 del *Código de Comercio*²⁰⁶.

²⁰⁵ Art. 1552 del *Código Civil*: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”. Este criterio ha sido utilizado de forma constante por la jurisprudencia colombiana, en materia cláusulas limitativas de responsabilidad. Véase: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 13 de diciembre de 2002, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 6462, en *Gaceta Judicial*, tomo C., Bogotá, 2002, p. 280.

²⁰⁶ Art. 1055 del *Código de Comercio*: “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno;

Eliminado: ciudad

Eliminado: año

9. REMEDIOS Y CARGAS DEL ACREEDOR

PREGUNTA 33.

De qué remedios dispone el acreedor frente a un incumplimiento contractual? Indique brevemente los requisitos de procedencia de dichos remedios

Comentario [T125]: Pregunta base de cuestionario

I. Teoría general

A. Régimen civil

El *Código Civil* colombiano consagra la resolución del contrato, la ejecución forzosa²⁰⁷, la indemnización de perjuicios²⁰⁸ e intereses²⁰⁹ y la excepción de inejecución²¹⁰; sin embargo, los artículos que los fundamentan no se encuentran ordenados coherentemente. Así, pues, la norma sobre la resolución de los contratos se halla en medio de los artículos que regulan la condición como

Comentario [T126]:

tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

²⁰⁷ Art. 1546 del *Código Civil*: “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”.

²⁰⁸ Art. 1610 del *Código Civil*: “Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”; art. 1615 del *Código Civil*: “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”; art. 1608 del *Código Civil*: “El deudor está en mora: 1º.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2º.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3º.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”. Cfr. Hernando TAPIAS ROCHA, “La acción de responsabilidad contractual”, pp. 225 a 246.

²⁰⁹ Art. 1617 del *Código Civil*: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual. 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo. 3. Los intereses atrasados no producen interés. 4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Eliminado: /

²¹⁰ Art. 1609 del *Código Civil*: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

modalidad de las obligaciones y la reducción del precio sólo recibe consagración legal con ocasión de la acción edilicia *quanti minoris*, en el capítulo de la compraventa²¹¹.

B. Régimen comercial

No existen diferencias significativas entre los remedios al incumplimiento en materia civil y en materia mercantil. En la teoría general del contrato del *Código de Comercio*, hay disposiciones particulares en materia de resolución, ejecución forzosa e intereses.

Artículo 870 del *Código de Comercio*:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Artículo 884 (modificado Ley 510/99, art. 111) del *Código de Comercio*:

Eliminado: !

“Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”²¹².

Eliminado: !

II. Regímenes especiales

Contrato de compraventa

En materia mercantil, el *Código de Comercio* consagra expresamente la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios independientemente de las acciones de resolución y de ejecución forzosa (artículo 925)²¹³.

Comentario [T127]: Está bien empleada

Comentario [T128]: Está bien empleada

Tanto en materia civil como mercantil, el legislador consagra medidas precautelativas en cabeza de las partes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor: para el

²¹¹ Art. 1914 del *Código Civil*: “Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios”; art. 1925 del *Código Civil*: “Si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el número 2º del artículo 1915, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino sólo para la rebaja del precio”.

²¹² Juan Carlos VARÓN PALOMINO, “Las obligaciones de dinero”, tomo I, pp. 69 a 132.

²¹³ Art. 925 del *Código de Comercio*: “El comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del *Código Civil* y 870 de este libro”.

vendedor, los artículos 1882, inciso 4º, del *Código Civil* y 926 del *Código de Comercio*²¹⁴ y para el comprador, el artículo 1929, inciso 2º, del *Código Civil*²¹⁵.

~~Por último~~, tanto en materia civil como mercantil existen normas que consagran las acciones edilicias en caso de vicios ocultos, en términos muy similares: artículos 1914 a 1927 del *Código Civil* y 934 a 938 del *Código de Comercio*.

Eliminado: Finalmente

Contrato de arrendamiento

El *Código Civil* permite al arrendador reclamar indemnización de perjuicios independientemente de la resolución del contrato²¹⁶.

Comentario [T129]: Está bien empleada

Contrato de promesa de mutuo

El *Código de Comercio* consagra una potestad en cabeza del promitente mutuante de desistir del contrato de forma precautelativa en el artículo 1169²¹⁷.

²¹⁴ Art. 1882 del *Código Civil*: “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él. Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. 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 se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago” (subraya fuera del texto) y art. 926 del *Código de Comercio*: “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 se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago”.

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

²¹⁵ Art. 1929 del *Código Civil*: “El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario. Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa, o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio”.

Eliminado: /

²¹⁶ Art. 1996 del *Código Civil*: “El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país. Si el arrendatario contraviene a esta regla, podrá el arrendador reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, o limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo” (Subraya fuera del texto).

Eliminado: (Subraya fuera del texto).

²¹⁷ Art. 1169 del *Código de Comercio*: “Quien prometa dar en mutuo puede abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiente mutuario le ofrezca garantía suficiente”.

PREGUNTA 34

Indique, las principales cuestiones que, en su derecho, suscitan el cumplimiento forzado, la resolución y la indemnización de perjuicios

La excepción de inejecución ha sido estructurada por la jurisprudencia partiendo del adagio “la mora purga la mora”²¹⁸ y ha dado lugar a grandes incertidumbres y soluciones contradictorias²¹⁹.

La resolución ha sido considerada, tradicionalmente, como judicial²²⁰ y no se permite al contratante incumplido solicitarla al juez²²¹, aunque existen algunos regímenes especiales de resolución unilateral, para el contrato de seguro²²², de suministro (artículo 973 del Código de Comercio) y de compraventa internacional de mercaderías (artículo 49 de la Convención de Viena). Respecto de la jerarquía entre las acciones de ejecución forzosa y de resolución, la Corte Suprema colombiana parece establecer que éstas se encuentran en igual nivel y, por consiguiente, el acreedor insatisfecho puede interponerlas a su arbitrio²²³. Además, es importante precisar que la posibilidad de

Comentario [T130]: Está bien empleada

²¹⁸ Véanse: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 25 de marzo de 1950, M.P. Hernán Salamanca, en *Gaceta Judicial*, tomo LXVIII, Bogotá, 1950, p. 127 y de 13 de junio de 1946, M.P. Pedro Castillo Pineda, en *Gaceta Judicial*, tomo LX, N°s 2029, 2030, 2031, Bogotá, 1946 p. 687.

²¹⁹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 29 de noviembre de 1978, M.P. Ricardo Uribe Holguín, en *Gaceta Judicial*, tomo CLVIII, N° 2399, Bogotá, 1978, pp. 293 a 304; de 5 de noviembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero, en *Gaceta Judicial*, tomo CLIX, N° 2400, Bogotá, 1979, p. 314; de 16 de julio de 1985, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández, en *Gaceta Judicial*, tomo CLXXX, N° 2419, Bogotá, 1985, pp. 125 a 137; de 23 de septiembre de 1974, M.P. Ernesto Escallón Vargas, en *Gaceta Judicial*, tomo CXLVIII, N°s 2378 a 2389, Bogotá, 1974, pp. 235 a 247 y de 7 de diciembre de 1982, M.P. Jorge Salcedo Segura, en *Gaceta Judicial*, tomo CLXV, N° 2406, Bogotá, 1982, pp. 346 y 347.

²²⁰ Fernando CANOSA TORRADO, *La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2005. n. 219

²²¹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de octubre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Jurisprudencia y Doctrina* N° 12, Bogotá, 003, p. 2322; de 7 de marzo del 2000, M.P. Silvio Trejos, Exp. 5319; del 5 de noviembre de 1979, M.P. Alberto Ospina Botero, *Gaceta Judicial*, tomo CLIX, N° 2400, Bogotá, 1979, pp. 313 y 314; de 23 de marzo de 1943, M.P. Hernán Salamanca, en *Gaceta Judicial*, tomo LV, Bogotá, 1943, pp. 70 y 71; de 14 de marzo de 2006, M.P. Manuel Ardila Velásquez, Exp. 1998-20315-01 y de 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

²²² Art. 1068 del Código de Comercio: “Modificado L. 45/90, art. 82. Terminación automática del contrato de seguro. La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados. Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes”. De acuerdo con la modificación impuesta por la ley N° 45 de 1990, no se necesita ninguna comunicación del asegurador para que proceda la terminación automática del contrato. Véase: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 26 de octubre de 2001, M.P. Jorge Castillo Rugeles, Exp. 5942.

²²³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 22 de octubre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 7451, www.cortesuprema.gov.co, visitada el 11 de enero de 2011. En el mismo

Con formato: Fuente: 10 pt

Eliminado: año

Eliminado: año

Con formato: Fuente: 10 pt

Con formato: Fuente: 10 pt

Eliminado: año

Eliminado: año

Con formato: Fuente: 10 pt

Con formato: Fuente: 10 pt

Con formato: Fuente: 10 pt

Eliminado: año

Eliminado: año

Eliminado: año

Eliminado: /

Eliminado: /

resolver la convención -como potestad del acreedor contractual- se transfiere del cedente al cesionario en virtud de la cesión de créditos contractuales²²⁴.

Finalmente, la jurisprudencia parece haber aceptado que la acción de responsabilidad contractual se interponga de manera independiente de las acciones de resolución y de ejecución forzosa²²⁵, como sucede en materia mercantil (artículo 925).

Comentario [T131]: Está bien empleada

PREGUNTA 35

¿Se encuentra regulada en términos generales la reparación y reemplazo de la prestación defectuosa y el derecho a reducción de precio? Explique, si la respuesta es negativa dé noticia de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

Ni en materia civil ni materia mercantil existen normas generales sobre el reemplazo de la prestación defectuosa o la reducción del precio.

Respecto del contrato de compraventa, las acciones edilicias tratan el tema de forma tradicional.

En el régimen general del contrato mercantil se consagra la revisión y terminación judicial del contrato por imprevisión (artículo 868)²²⁶, pero, hasta el momento, no ha sido aplicada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²²⁷.

sentido, sentencias de 10 de diciembre de 1990 y de 19 de octubre de 1999, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

²²⁴ Al igual que la excepción de inejecución -que el deudor cedido le puede interponer al cesionario-acreedor-, y que la potestad de pedir la nulidad relativa. Sobre este punto el máximo tribunal colombiano ha sido bastante claro. Consúltese, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 28 de julio de 1970, M.P. Guillermo Ospina Fernández, en *Gaceta Judicial*, tomo CXXXV, N^{os} 2330, 2331 y 2332, Bogotá, 1970, pp. 71 y 72; de 26 de septiembre de 1941, M.P. Liborio Escallón, *Gaceta Judicial*, tomo LII, Bogotá, año pp. 402 a 407; de 23 de octubre de 1915, M.P. Germán Pardo, en *Gaceta Judicial*, tomo XXV, N^{os} 1278 y 1279, Bogotá, 1915, p. 177 y de 9 de mayo de 1914, M.P. Manuel José Angarita, en *Gaceta Judicial*, tomo XXIV, N^{os} 1215 y 1216, Bogotá, 1914, pp. 82 a 87.

²²⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 3 de octubre de 1977, M.P. Ricardo Uribe Holguín, en *Gaceta Judicial*, tomo CLV, N^o 2396, Bogotá, 1977, pp. 320 a 335. Jurisprudencia anterior en contra: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 2 de junio de 1958, M.P. Arturo Valencia Zea, en *Gaceta Judicial*, tomo LXXXVIII, N^o 2198, Bogotá, 1958, pp. 130 a 134 y de 14 de agosto de 1951, M.P. Pedro Castillo Pineda, en *Gaceta Judicial*, tomo, Bogotá, 1951, pp. 55 a 63.

²²⁶ Art. 868 del *Código de Comercio*: "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".

²²⁷ Juan CARO NIETO, "Imprevisión: una teoría que se plantea pero no se aplica", tomo I, pp. 239 a 275.

- Eliminado: año
- Con formato: Fuente: 10 pt
- Con formato: Fuente: 10 pt
- Con formato: Fuente: 10 pt
- Eliminado: año
- Con formato: Fuente: 10 pt
- Eliminado: año
- Eliminado: año
- Eliminado: año
- Eliminado: /

Cabe destacar, además, la garantía de buen funcionamiento del régimen mercantil y la garantía mínima presunta para los contratos de consumo²²⁸:

Artículo 932 del Código de Comercio:

“Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad. El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente por el comprador. La garantía sin determinación de plazo expirará al término de dos años, contados a partir de la fecha del contrato”²²⁹.

Eliminado: /

Eliminado: /

Artículo 11 del decreto 3466 de 1982:

“Garantía mínima presunta. Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios; cuando el término señalado por la autoridad competente afecte algún término ya registrado, este último se entenderá modificado automáticamente de acuerdo con aquel, a menos que el término registrado previamente sea mayor al fijado por la autoridad competente, caso en el cual prevalecerá el registrado por el productor. Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan a su turno, exigir el cumplimiento de

Eliminado: /

Eliminado: /

²²⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 3 de mayo de 2005, M.P. César Julio Valencia Copete, Exp. N° 5000131030011999-04421-01, www.cortesuprema.gov.co visitada el 11 de enero de 2011. “(...) siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial- en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo (...).”

Eliminado: :

²²⁹ “[L]a garantía de buen funcionamiento parte de la base de que la cosa no funciona correctamente durante el término previsto, sin que sea necesario establecer que el defecto existía al tiempo de la venta o que era oculto. Adicionalmente, no es necesario que el vicio sea tan grave que el comprador no hubiese comprado la cosa si lo hubiese conocido o la hubiese comprado por un precio mucho menor, basta que afecte el funcionamiento de la misma”. Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA, “La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: el régimen interno -vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías”, p. 258.

dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores. La garantía de que trata este artículo podrá hacerse efectiva en los términos previstos en el artículo 29”.

Eliminado: 

Ésta consiste en que dichos productor o proveedor deben abstenerse de defraudar la confianza que el consumidor ha depositado en ellos al adquirir sus productos o servicios. Adicionalmente, lo faculta para exigir la reparación del bien defectuoso, su reemplazo o la resolución del contrato sin necesidad de declaración judicial (artículos 13 y 29)²³⁰. Sobre la responsabilidad de los productores o proveedores por el no cumplimiento de la calidad e idoneidad de sus bienes y servicios, el Decreto establece que ésta se determinará

Comentario [T132]: Está bien empleada

“de conformidad con los términos y condiciones señalados en el registro o licencia, o en la disposición que haya oficializado la norma técnica, teniendo en cuenta las causales de exoneración previstas en el artículo 26” (artículo 23).

La Corte Constitucional colombiana declaró exequibles los artículos 11 y 29²³¹, bajo el entendido de que el consumidor goza también de una ACCIÓN DIRECTA contra el productor o importador del bien. La Corte Suprema de Justicia ha adoptado también dicha interpretación²³².

PREGUNTA 36

¿Se encuentra regulada la concurrencia de remedios contractuales y acciones propias de vicios del consentimiento? Explique, si la respuesta es negativa, dé noticia de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

La jurisprudencia colombiana pretende diferenciar las acciones edilicias de la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega basándose en una especie de jerarquía sustentada en la gravedad del problema de funcionamiento de la cosa entregada²³³. La concurrencia con la acción de nulidad por error vicio del consentimiento en las calidades esenciales de la cosa aún no ha sido examinada por la Corte Suprema de Justicia.

²³⁰ A pesar de que se la denomina ‘desistimiento’, se trata, en realidad, de una resolución, pues no opera por la simple voluntad del comprador, sino que exige el incumplimiento por parte del vendedor.

²³¹ Sentencia de la Corte Constitucional de 30 de agosto de 2000, C-1141/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³² Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 7 de febrero de 2007, M.P. César Julio Valencia Copete, Exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01 y de 13 de diciembre de 2002, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 6462.

²³³ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 14 de enero de 2005, M.P. Edgardo Villamil Portilla, Exp. 7524; de 19 de octubre de 2009, M.P. William Namén Vargas, Exp. 05001-3103-009-2001-00263-01 y de 4 de agosto de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla, Exp. 11001-3103-009-2000-09578-01.

PREGUNTA 37

Indique si existe una regulación de remedios establecidos por las partes en el contrato (por ejemplo, cláusula penal o cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad)

I. Cláusula penal

En materia civil

La cláusula penal se encuentra reglamentada en la teoría general del contrato²³⁴. Se suelen denominar “cláusula penal” dos suertes de disposiciones convencionales:

- i) una tasación anticipada de perjuicios –cláusula penal indemnizatoria²³⁵–y
- ii) una pena por el incumplimiento –cláusula penal sancionatoria–.

Sólo ésta última puede acumularse con la demanda de resarcimiento de perjuicios y ambas cláusulas son susceptibles de ser reducidas por el juez, si se consideran excesivas –en la práctica, en Colombia, es muy difícil que se pacten cláusulas penales superiores al 30% del precio del contrato–²³⁶.

²³⁴Art. 1592 del Código Civil: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”; art. 1594 del Código Civil: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”; art. 1601 del Código Civil: “Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

²³⁵ “Quiere decir lo anterior que, en casos como el presente, donde se haya pactado la cláusula penal en función de indemnización compensatoria – la moratoria es compatible con la cláusula penal, según dispone el artículo 1594-, el acreedor puede optar por lo que mejor le convenga: si menos indemnización pero liberado de la carga de demostrar perjuicios y su monto, o más indemnización, con prescindencia de la cláusula penal que contempla una menor, pero asumiendo esa carga probatoria; opción que concretada en la demanda respectiva no puede ser variada a instancia del deudor invocándola en su favor, ni por el juez porque no solo debe cumplir con tal precepto que consagra esa opción, sino porque para proferir su fallo debe ceñirse a los hechos y pretensiones de la demanda, so pena de caer en incongruencia”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 7 de junio de 2002, Silvio Fernando Trejos Bueno, Exp. 7320.

²³⁶ Según esta definición, la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un “carácter estimativo y aproximado”, que en principio debe considerarse “equitativo”, sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del Código Civil, norma ésta a la que la doctrina nacional no le ha otorgado alcance distinto al que emerge de su claro tenor literal, o sea, ver en ella una facultad para pedir “que se rebaje” la cláusula en los eventos de la llamada “cláusula penal enorme”, esto es, cuando la pena pactada en una

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1932 del *Código Civil*²³⁷, las arras pueden llegar a cumplir una función de tasación anticipada de perjuicios, similar a la de la cláusula penal indemnizatoria, en caso de no pago del precio por parte del comprador. Esta infortunada disposición ha traído múltiples problemas interpretativos²³⁸.

Comentario [T133]: Está bien empleada

En materia comercial

Se prescinde de la constitución en mora para exigir el pago de la suma estipulada en la cláusula penal, se modifican los criterios para reducir las cláusulas penales excesivas y, adicionalmente, se establece la imposibilidad de pactar arras retractatorias en caso de existir cláusulas penales²³⁹.

Comentario [T134]: Está bien empleada

"cantidad determinada" "exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él", o sea, al duplo de la obligación de "pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse" (art. 1601). Desde luego, como lo ha admitido la Corte, la cláusula en comentario, de conformidad con el artículo 1601, también puede operar como una sanción convencional, con un carácter coercitivo o compulsivo, tendiente a forzar al deudor a cumplir las obligaciones adquiridas. Concretamente, en sentencia de 23 de mayo de 1996, la Corporación expresó: "Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato". M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 4823.

²³⁷ Art. 1932 del *Código Civil*: "La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada. El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio. Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado".

Eliminado: /

Eliminado: /

²³⁸ César GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, pp. 112 a 115.

²³⁹ Art. 867 del *Código de Comercio*: "Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte"; art. 949 del *Código de Comercio*: "Cuando se estipule que el comprador, en caso de incumplimiento, pierda la parte pagada del precio por concepto de perjuicios, pena u otro semejante, se entenderá que las partes han pactado una cláusula penal, sujeta a la regulación prevista en el artículo 867".

Eliminado: /

Eliminado: /

Por último, en virtud de lo dispuesto por la ley N° 45 de 1990²⁴⁰, salvo ciertas excepciones²⁴¹, se excluye la posibilidad de que se cobren las sumas pactas a título de pena cuando se trate de obligaciones dinerarias, pues se considera que aquellas están incluidas ya en el concepto de intereses moratorios²⁴².

Eliminado: Finalmente

II. Cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad

La jurisprudencia colombiana, de vieja data, ha considerado válidas las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad (art. 1604, inc. 4 del C.C.)²⁴³ por regla general, salvo en la hipótesis en que el deudor haya incumplido su obligación procediendo de mala fe o con culpa grave²⁴⁴.

Comentario [T135]: Abreviatura de Inciso

Su validez se limita en caso de ciertos contratos especiales²⁴⁵ y en caso de que sean consideradas como abusivas²⁴⁶.

²⁴⁰ Art. 65 de la ley N° 45 de 1990: “Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”; art. 99 de la ley N° 45 de 1990: “Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga... los artículos... 883, 1166 y 1388 del Código de Comercio (...)”.

Eliminado: /

²⁴¹ Art. 39 de la ley N° 590 de 2000: “Sistemas de microcrédito. Con el fin de estimular las actividades de microcrédito, entendido como el sistema de financiamiento a microempresas, dentro del cual el monto máximo por operación de préstamo es de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes sin que, en ningún tiempo, el saldo para un solo deudor pueda sobrepasar dicha cuantía autorizase a los intermediarios financieros y a las organizaciones especializadas en crédito microempresarial, para cobrar honorarios y comisiones, de conformidad con las tarifas que autorice el consejo superior de microempresa, no repuntándose tales cobros como intereses, para efectos de lo estipulado en el artículo 68 de la ley N° 45 de 1990 (...)”.

²⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 24 de septiembre de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 5876.

²⁴³ Artículo 1604 del Código Civil: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

Eliminado: /

Eliminado: /

²⁴⁴ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 6 de marzo de 1972, en *Gaceta Judicial*, CXLII, T. 142, 908 a 108 y de 13 de diciembre de 2002, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 6462, en *Gaceta Judicial*, tomo C, Bogotá, año, p. 280.

²⁴⁵ Art. 992 del Código de Comercio: “El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inexecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación. Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo. Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos”; art. 1031 del Código de Comercio (modificado D.E. 01/90, art. 39):

Eliminado: /

Eliminado: /

PREGUNTA 38

¿Existe en su derecho una regla sobre la carga del acreedor de minimizar los daños del incumplimiento contractual? Si la respuesta es negativa ¿ha sido reconocida esta figura por la doctrina o los tribunales? Sea que se reconozca legalmente la figura o haya tenido reconocimiento por parte de la doctrina o los tribunales. Explique en qué términos ha sido legalmente reconocida la figura o cómo la ha perfilado la doctrina o las decisiones judiciales.

Comentario [T136]: Así aparece en el cuestionario base

“En caso de pérdida total de la cosa transportada, el monto de la indemnización a cargo del transportador será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada. Si la pérdida fuere parcial, el monto de la indemnización se determinará de acuerdo con la proporción que la mercancía perdida represente frente al total del despacho. No obstante, y por estipulación expresada en la carta de porte, conocimiento o póliza de embarque o remesa terrestre de carga, las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del valor declarado. En los eventos de pérdida total y pérdida parcial, por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores. Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador, éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia. En el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero del artículo 1010, el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante. Las cláusulas contrarias a lo dispuesto en los incisos anteriores no producirán efectos. Para el evento de retardo en la entrega, las partes podrán, de común acuerdo, fijar un límite de indemnización a cargo del transportador. A falta de estipulación en este sentido, la indemnización por dicho evento será la que se establezca judicialmente”; art. 1194 del Código de Comercio: “El reglamento oficial podrá limitar la cuantía de la responsabilidad del empresario cualquiera que sea el monto de los perjuicios” (contrato de hospedaje).

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

Eliminado: /

²⁴⁶ Art. 133 de la ley N° 142 de 1994: “Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas: 1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa; (...) (contrato de prestación de servicios públicos)”; ley N° 1328 de 2009, (“por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”), título 1 (Del régimen de protección al consumidor financiero), artículo 11: “Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a. Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c. Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d. Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero (...)”. El proyecto de ley N° 144 de 2009, “por la cual se expide el estatuto del usuario y el consumidor. Artículo 49: “Validez de los contratos de adhesión. Para la validez de los contratos de adhesión deberán cumplirse las siguientes condiciones: 1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos escritos se utilizará el español. 2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. En el escrito del contrato, los caracteres deberán ser legibles a simple vista. 3. Detallar de manera clara y puntual las condiciones del bien o servicio que se contrata, la responsabilidad del empresario o vendedor y su prohibición para modificar unilateralmente el contrato. 4. No incluir espacios en blanco. 5. En caso de remitirse a normas legales éstas deberán ser transcritas o resumidas. /Parágrafo. Cualquier consumidor o usuario podrá pedir a la Superintendencia de Industria y Comercio que revise y controle las cláusulas de un contrato de adhesión”; Art. 50: “En los contratos de adhesión no se podrán incluir las siguientes cláusulas: 1. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones”.

En el Derecho colombiano, sólo se ha reconocido la obligación de minimizar los daños para la compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena, artículo 77) y en materia de contrato de seguro, donde se pone la obligación en cabeza del asegurado, quien no es necesariamente parte en el contrato de seguro:

Comentario [T137]: Está bien empleada

Artículo 1074 del *Código de Comercio*:

“Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones”.

Eliminado: ⚡

Artículo 1077 del *Código de Comercio*:

“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

Eliminado: ⚡

Artículo 1078 del *Código de Comercio*:

“Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento. La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho”.

Eliminado: ⚡

Artículo 1079 del *Código de Comercio*: “El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

10. PRUEBA DEL CONTRATO

PREGUNTA 39

Indique las limitaciones probatorias establecidas en su derecho respecto del contrato

I. Teoría general.

Para revisión

A. Códigos Civil y de Procedimiento Civil

El título XXI del *Código Civil* denominado “De la prueba de las obligaciones”, enuncia algunas reglas generales. Así, según el artículo 1757: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”²⁴⁷. Sobre la importancia de las escrituras privadas y públicas, señala el artículo 1760:

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes”.

Por su parte, el artículo 1766 señala:

“Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”^{248, 249}.

El *Código de Procedimiento Civil* se refiere a la prueba de los contratos en los que la ley exige una solemnidad para su existencia o validez. Señala el artículo 232:

“La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

²⁴⁷ El art. 177 del *Código de Procedimiento Civil* señala: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

²⁴⁸ Según el artículo 251 del *Código de Procedimiento Civil*: “[L]os documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público”.

²⁴⁹ Sobre las denominadas contraescrituras, señala el artículo 267 del *Código de Procedimiento Civil*: “Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y en la copia en cuya virtud ha obrado el tercero”.

Asimismo, según el artículo 265:

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público”.

Sobre los documentos en idioma extranjero, el artículo 260 del *Código de Procedimiento Civil* señala:

“Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente”.

El artículo 1527 señala que las obligaciones que:

“no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba” serán naturales, esto es, “que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas”.

Sobre la decisión de las partes de otorgar escritura pública en los contratos de compraventa en los que la ley no exige tal solemnidad, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“[L]o mismo que ocurre cuando el contrato es solemne por disposición directa de la ley; sólo que en la hipótesis lo es por voluntad de las partes, quienes han querido que el contrato ‘no produzca ningún efecto civil’ sin la observancia de la formalidad especial de otorgarse el instrumento (art. 1500). Con todo, si los interesados no llegan a otorgar la escritura, pero de mutuo acuerdo principian la entrega de la cosa, la compraventa se reputa igualmente perfecta y ya no será contrato solemne o no habrá necesidad de que lo sea. Sucede entonces que el principio de entrega de la cosa, consentido por ambos interesados, tiene doble efecto; implica mutuo disenso de la necesidad de otorgar escritura y significa la iniciación del pago de la principal obligación del vendedor (...)”²⁵⁰.

B. *Código de Comercio*.

1. Legislación.

Respecto del contrato, el artículo 824 del *Código de Comercio* establece:

²⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 12 de agosto de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 6151, consultable en: www.cortesuprema.gov.co visitada el 11 de enero de 2011.

“los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

El artículo 826 señala: “Cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores”.

II. Regímenes especiales

A. Código Civil

La compraventa de bienes inmuebles, servidumbres y la de una sucesión hereditaria se realiza por escritura pública, por lo que su perfeccionamiento debe probarse con ese documento²⁵¹.

2. Jurisprudencia

“Consecuencia obvia y natural de lo atrás dicho, es la de que, no obstante el principio de amplitud que informa nuestro régimen probatorio, las partes no gozan para la escogencia de los medios demostrativos de ciertas y determinadas situaciones jurídicas, como cuando se trata del contrato de compraventa de inmueble, pues en tal supuesto el medio probativo es específico: la copia registrada de la escritura pública”²⁵².

B. Código de Comercio

1. Legislación.

Contrato de sociedad y de la representación

Artículo 117:

“La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; (...). Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas

²⁵¹ Art. 1857 del *Código de Comercio*: “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción”.

²⁵² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 27 de febrero de 1978, en *Gaceta Judicial*, CLVIII, Bogotá, 1978, p. 25.

a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso”.

Contrato de seguro

El contrato de seguro se prueba por escrito o por confesión. El artículo 1046 del *Código de Comercio* dispone:

“El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador. La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero. ¶ Parágrafo. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza”²⁵³.

Contrato de transporte

Artículo 981 del *Código de Comercio*: “(...) El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales”.

Artículo 1021:

“Salvo prueba en contrario, la carta de porte, sin perjuicio de las normas especiales que la rigen, y la remesa terrestre de carga hacen fe de la celebración del contrato, de sus condiciones, del recibo de la mercancía y de lo literalmente expresado en ellas. Las estipulaciones relativas al estado de la mercancía solo constituyen prueba en contra del transportador cuando se trata de indicaciones referentes mal estado aparente de la mercancía o cuando la verificación haya sido hecha por dicho transportador, siempre que en el documento se haga constar esta última circunstancia”.

Artículo 1022: “El contrato, cuando falte la carta de porte, el conocimiento de embarque o la remesa terrestre de carga, deberá probarse conforme a lo previsto en la ley”.

²⁵³ Con anterioridad al año 1997, el contrato de seguro estaba contemplado en el *Código de Comercio* como solemne y sólo podía probarse con la póliza. Sobre la razón para permitir la prueba del contrato por escrito o por confesión, se ha señalado: “Las aseguradoras tenían el sistema a su favor ya que desde que se otorgaba el amparo y mientras que se expedía la póliza, transcurría un término prudencial que dependía de la agilidad administrativa de cada empresa, dentro del cual si no se presentaba el siniestro, la póliza que se elaboraba se expedía con efecto retroactivo a la fecha de emisión del consentimiento; pero si antes de la expedición de la póliza o de su entrega ocurría un siniestro y operaba la correspondiente reclamación, la aseguradora podía objetar y negar el pago de la indemnización con el argumento, legalmente válido, de que al no estar efectuada la solemnidad, o no poderse probar la misma, el contrato no había nacido a la vida jurídica, y por consiguiente, no existía responsabilidad de su parte”. Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO, *Memorias del XXI Encuentro Nacional*, pp. 62-63.

Contrato de preposición

Artículo 1333:

“La preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; no obstante, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios de prueba. La revocación deberá también inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros”.

2. Jurisprudencia

Al declarar la nulidad de una norma que consagraba la obligación del inversionista extranjero de conservar fotocopia del contrato de compraventa de la inversión, señaló el Consejo de Estado:

“En consecuencia, no puede un acto administrativo convertir en solemne un contrato que legalmente es consensual, pues estaría excediendo el ámbito de la ley. Tampoco puede exigir que un contrato que es consensual por mandato de la ley, sea solemne para efectos de acreditar su existencia, pues ello equivale a crear una tarifa legal de prueba en asuntos en los que legalmente existe libertad probatoria. (...). Como la ley tributaria no consagra reglas especiales para acreditar la existencia de un contrato de compraventa de una inversión extranjera, o, en general, de los contratos por los cuales se transfiere el dominio de dicha inversión, son aplicables las disposiciones generales, esto es, las civiles, comerciales y de procedimiento civil”²⁵⁴.

PREGUNTA 40

¿Existen en su Derecho reglas especiales respecto de la prueba de contratos con consumidores o electrónicos?

Respecto de la prueba de contratos con consumidores no hay reglas especiales previstas por el decreto N° 3466 de 1982, y así, se aplican todos los medios de prueba previstos por el artículo 175 del *Código de Procedimiento Civil*²⁵⁵. Pero sí hay normas especiales de prueba respecto de los contratos celebrados por medio de mensajes de datos (medios electrónicos). En efecto, el artículo 10 de la ley N° 527 de 1999 admite que éstos sean utilizados como medios de prueba con la misma fuerza obligatoria de los demás medios de prueba previstos en el capítulo VIII del título XIII, sección tercera, libro segundo del

²⁵⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 12 de octubre de 2006, M.P. Héctor J. Romero Díaz, Rad. 11001032700020030005801, consultable en: www.ramajudicial.gov.co visitada el 11 de enero de 2011.

²⁵⁵ Art. 175 del *Código de Procedimiento Civil*: “Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”.

Eliminado: /

Código de Procedimiento Civil. Como criterios para valorar probatoriamente los mensajes de datos, establece el artículo 11 de la misma Ley, que deben tenerse en cuenta

Comentario [T138]: Está bien empleada

“las reglas de la sana crítica y demás criterios conocidos legalmente para la apreciación de las pruebas...[tales como] la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

Por estas razones, los artículos 12 y 13 prevén a continuación los requisitos para que un mensaje de datos archivado pueda servir como medio probatorio. Estos requisitos son:

“1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta. 2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y 3. Que conserve, de haber alguna, toda la información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento”.

El artículo 13 agrega que un tercero también puede archivar estos mensajes de datos, pero que para que puedan tener valor probatorio, deben ajustarse a las anteriores condiciones de conservación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, *Derecho Civil de los Contratos*, Santiago de Chile, Ediar-Conosur, imp. 1988 (s.f.), n. 110
- ANZOLA, Nicasio, *Lecciones elementales de Derecho civil colombiano, sucesiones y obligaciones*, Bogotá, Casa editorial de Arboleda & Valencia, 1918, n. 101
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, *Antología Jurisprudencial* Bogotá, Sigma Editores, 2007, tomo I, n. 91
- BETANCOURT REY, Miguel, *Derecho privado categorías básicas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996, n. 104
- CANOSA TORRADO, Fernando, *La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2005. n. 219
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: el régimen interno -vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías”, en autor responsable, *La terminación del contrato*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2007, n. 228
- CARO NIETO, Juan, “Imprevisión: una teoría que se plantea pero no se aplica”, *Cárdenas Mejía, Juan Pablo, Mantilla Espinosa, Fabricio y Venegas Franco, Alejandro (coordinadores académicos), Estudios de derecho privado. Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, tomo I. n. 216

Eliminado: completar datos bibliográficos y editoriales

Eliminado: autor responsable

Eliminado: - Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil,

Eliminado: editorial

Eliminado: año

Eliminado: en autor responsable

- CASTAÑEDA CÁCERES, Paola, *La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia*, memoria de grado, Bogotá, Universidad del Rosario, 2003, inédita. n. 193
- CEDIEL ANGEL, Ernesto, *Ineficacia de los actos jurídicos*, Bogotá, Escuelas Gráficas Salesianas, 1943, n. 100
- CÓRDOBA, Pablo, “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 6, Bogotá, 2000, n. 52
- CORTÉS, Edgar, *Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual (el ejemplo de las cláusula abusivas)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, n. 50
- CORTÉS, Édgar, Milagros KOTEICH y Martha Lucía NEME VILLARREAL, “Formalismo negocial romano y neoformalismo, ¿fundamento del sistema o protección de la parte débil?”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 9, Bogotá, 2005. n. 28
- EMILIANI ROMÁN, Raimundo, *Curso razonado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2001, vol. I, n. 99
- ESCOBAR SANIN, Gabriel, *Contratos civiles y comerciales*, Bogotá, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, 1994, vol. 2, pp. 442 y 443. n. 59
- GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles Bogotá*, Ed. Temis, 2008, n. 237
- GUEVARA LÓPEZ, Luis Ernesto, *Manual de obligaciones*, Tunja, Ediciones Uniboyacá, 2001, n. 104
- HINESTROSA, Fernando, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, en *Revue de droit uniforme*, vol. III, N° 2/3, Roma, 1998. n. 27
- HINESTROSA, Fernando, “Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 8, Bogotá, año, 111 n. 27
- HINESTROSA, Fernando, “Autonomía privada y negocio Jurídico. Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, n. 49
- HINESTROSA, Fernando, *Casación Civil - Jurisprudencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, n. 90
- HINESTROSA, Fernando, “Contenidos y efectos del negocio jurídico”, en *Material para el curso de Magister en Sistema Jurídico Romanista*, Roma, editorial, 1998, n. 4
- HINESTROSA, Fernando, “Contratos preparatorios. El contrato de promesa”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 11, Bogotá, 2006. n. 49
- HINESTROSA, Fernando, *Curso de Obligaciones*, Bogotá, editorial, 1955. n. 87
- HINESTROSA, Fernando, *Curso de obligaciones*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1960, n. 88
- HINESTROSA, Fernando, “El negocio jurídico y la causa”, en *Escritos varios*, Bogotá, Umaña Trujillo Impresores, 1983 n. 94
- HINESTROSA, Fernando, “Reconocimiento del contrato y legitimidad de sus efectos”, ponencia para el XI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morón, 1998 n. 49
- HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. n. 27
- HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, vol. I, n. 175
- JARAMILLO, Carlos Ignacio, “La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera de los contratos”, en *Estudios de derecho privado*, tomo I, Bogotá, 2009 n. 32
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, “La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo, en retos y oportunidades del seguro y del reaseguro en el Nuevo Milenio”, en autor responsable *Memorias del*

Eliminado: año

Eliminado: año

- Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, 2000. n. 56. y en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* N° 15, Bogotá, 2000, p. 129 y ss
- JARAMILLO VÉLEZ, Lucrecio, *La nulidad en derecho privado*, Medellín, Librería y Editorial siglo XX, 1943, n. 99
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Memorias del XXI Encuentro Nacional*, Bucaramanga, 1998, n. 252
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty Mercedes, “La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y de resultado en el derecho colombiano”, en Mantilla Espinosa, Fabricio, Terner Barrios, Francisco, *Los contratos en el derecho privado*, Editoriales Universidad del Rosario y Legis, Bogotá, 2007.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato* (3ª ed. ampliada, Trad. por R. O. Fontanorrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra), Buenos Aires, Juridicas Europa-América, 1986, n. 82
- MONSALVE CABALLERO, Vladimir, “Disertación para una nueva construcción en Colombia de la Culpa In Contrahendo”, en *Revista de Derecho*, N° 27, Barranquilla, 2007, n. 67
- NAMÉN VARGAS, William, “Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 3, Bogotá, 1998, p. 31. n. 33
- NAVIA ARROYO, Felipe, “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 11, Bogotá, 2006, p. 157. n. 51
- NAVIA ARROYO, Felipe, *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur. Homenaje a Fernando Hinestrosa, treinta años de rectorado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo II. n. 30
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 17, Bogotá, 2009. n. 28
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 11, Bogotá, 2007. n. 28
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “La presunción de buena fe en el código de Bello: una regla cuya tergiversada aplicación desnaturaliza el principio”, en *Estudios sobre los derechos romano e indígenas, en homenaje a Mercedes Gayosso*, Xalapa, 2009. n. 28
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, en *Revista Roma e America*, N° 21, ciudad, 2007. También en *Revista de Derecho Privado*, N° 15, Bogotá, 2008. n. 28
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “Venire contra factum proprium”, en autor, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, tomo III n. 28
- ORDÓÑEZ, Andrés, “Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro. Y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 9, Bogotá, 2005, n. 31.
- ORTEGA TORRES, Jorge, *Código Civil con notas, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema*, ciudad, editorial, año. n. 93
- ORTIZ MONSALVE, Álvaro, “Consentimiento”, en Mantilla Espinosa, Fabricio y Terner Barrios, Francisco, autor responsable, *Los contratos en derecho privado*, Bogotá, Legis editores, 2007. n. 104
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 2001, n. 179
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1983; 4ª ed., Bogotá, editorial, 1994, n. 62
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2000, n. 154
- OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1983 n. 87
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1983, n. 99

Eliminado: autor responsable

Eliminado: op. cit., completar datos bibliográficos y editoriales

Eliminado: , n. 192

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y de los demás actos y negocios jurídicos*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1994, n. 97

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2005, n. 171

PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, vol. I, n. 99

PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1953, vol. I n. 97

PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Tomos 2, y 3, Bogotá, Temis, 1955. n. 162

PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1966. n. 87

PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, 4ª ed., Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2009, vol. I, 1ª parte, p. 355y ss. n. 95

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, “Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 57, Bogotá, de la Universidad de los Andes, diciembre de 1995 n. 57

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ponente general, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Fundación BBV-Ed. Civitas S., 1996. n. 57

RENGIFO, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. n. 2

ROCHA, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, Curso 3º de Derecho civil en la Universidad Libre, ciudad, editorial, 1936, n. 104

ROCHA ALVIRA, Antonio y Betty MARTÍNEZ CÁRDENAS, *Lecciones de obligaciones de Antonio Rocha Alvira*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, n. 67

TAMAYO LOMBANA, Alberto, *Manual de obligaciones. La responsabilidad civil fuente de las obligaciones*, Bogotá, Temis, 1998, n. 160

TAMAYO LOMBANA, Alberto, *Manual de obligaciones. Teoría del acto y otras fuentes*, Bogotá, Derecho y Ley, 1979, n. 97

TAMAYO LOMBANA, Alberto, *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2004, n. 61

TAPIAS ROCHA, Hernando, “La acción de responsabilidad contractual”, en *Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco*, *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis - Universidad del Rosario, 2007, n. 207

VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil*, Bogotá, Temis, 1998, vol. IV: De los contratos, n. 161

VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, 15ª ed., Bogotá, Temis, año, vol. I: Parte general y personas, n. 97

VARÓN PALOMINO, Juan Carlos, “Las obligaciones de dinero”, en *Castro de Cifuentes, Marcela*, *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes - Temis, 2009, tomo I, n. 211

VÉLEZ, Fernando nombre. y , *ARANGO, Luis, Ángel, nombre* *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed., París, Imprenta París-América, sin fecha, vol. VI. n. 100

VENEGAS FRANCO, Alejandro, “Evolución y perspectivas de la protección del asegurado”, en *autor responsable*, *Retos y oportunidades del seguro y del reaseguro en el Nuevo Milenio, memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros*, Cartagena de Indias, editorial, mayo de 2000, n. 56

URIBE HOLGUÍN, Ricardo, *De las obligaciones y de los contratos en general*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1982, n. 61

ZULETA ÁNGEL, Eduardo, *Conferencias de derecho civil profundizadas, redactadas por A. Gómez Cl.*, Bogotá, Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Políticas, 1939, n. 105

Eliminado: ciudad

Eliminado: autor responsable

Eliminado: autor responsable

Eliminado: A

Eliminado: ,

Eliminado: .

Eliminado: A

Eliminado: .

Eliminado: ARANGO

Comentario [T139]: Sin autor responsable

Comentario [T140]: Sin datos

Eliminado: ANGEL

Eliminado: ciudad

SIGLAS

ACOLDESE Asociación Colombiana de Derecho de Seguro

art. artículo

arts. artículos

BGB Código Civil Alemán

C. Código

C.C Código Civil

C.Co Código de Comercio

Cfr. confróntese

CISG International Sale of Goods (CISG) and Related Transactions o Convención de las Naciones

Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y Operaciones Conexas,

C.P. Consejero Ponente

D.E Decreto

etc. etcétera

Exp. Expediente

G.J. Gaceta Judicial

Ibid allí, en ese mismo lugar

inc. Inciso

L. Ley

M.P. Magistrado Ponente

n. nota

Nº número

op. cit. obra citada

p. página

PAR: Parágrafo

pp. páginas

Rad. Radicado

S.A. Sociedad anónima

SU Sentencia de Unificación de Tutela de la Corte Constitucional

ss. siguientes

T. Tutela de la Corte Constitucional

vol. volumen

Eliminado: (

Eliminado: !

Eliminado: Convención de las Naciones Unidas