

También denominados convenciones, según el art. 1495 del C.C., *son actos por los cuales una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser de una o muchas personas.*

De la anterior enunciación se desprenden varios puntos que vale la pena analizar así:

Primero, es una conceptualización que se acerca más a lo que se entiende por obligación. En efecto, en nuestro país se enuncia como contrato el concepto que tiene más afinidad con la obligación. Al igual que en Chile, como lo indica Alessandri Rodríguez¹²⁰, la definición del art. 1438 del Código Civil Chileno corresponde más bien a la definición de la obligación que a la de contrato, porque la obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa, respecto a otra persona; pero es claro que ello no es el contrato, pues este, es en realidad la fuente de la que surge tal necesidad.

Si bien es cierto, siempre en los contratos se encuentra algún tipo de esas obligaciones: dar, hacer o no hacer, no lo es menos que esa no es la definición más apropiada de contrato. La definición dada por nuestro legislador, antes que dar luces sobre lo que se pretende definir crea confusión a la hora de detenerse en el estudio detallado de la teoría general del contrato y de las obligaciones. En efecto,

.....
120 Rodríguez, Alessandri. *Derecho Civil de los contratos*. Volumen 2. Editorial Jurídica Ediar-Conosur. 1988.

convenimos en tener por más apropiada la definición de contrato que nuestro Código de Comercio ha creado en el artículo 864, entre otras cosas por cuanto la relación convencional o contractual está definitivamente determinada a tres cosas fundamentales: a hacer nacer, modificar o extinguir válidamente obligaciones.

De otro lado, el texto citado artículo 1495 del Código Civil señala que el contrato no tiene sino únicamente dos partes, al mencionar que una parte se obliga para con la otra. Lo anterior plasma sin más, otra imprecisión del legislador respecto de la definición de contrato, pues en todo caso pueden existir contratos en los que intervengan más de dos partes. v.g. el contrato de seguro o el fideicomiso. Sin embargo, en la teoría germana el contrato siempre es bilateral e implica un sinalagma funcional por virtud del cual las prestaciones se miran como correlativas y equivalentes, y una es causa de la otra.

La doctrina en general se ha inclinado por conceptualizar el contrato de una forma divergente a la que ha aparecido plasmada en nuestros códigos latinoamericanos. En efecto, expone Puig Peña, en su obra de obligaciones y contratos:

... podemos definir el contrato diciendo —con la moderna doctrina española— que es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen relación jurídica de carácter patrimonial¹²¹.

No obstante, el legislador ha tenido como contratos, otros negocios o actos jurídicos solemnes, que además implican obligaciones y deberes extrapatrimoniales, independientemente si de ellos se derivan relaciones jurídicas exclusivamente patrimoniales, así pues están los presentes ejemplos, el primero el que se desprende del artículo 113 del Código Civil que prescribe: *el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*.

Así pues, tenemos que, el contrato de matrimonio no regula situaciones patrimoniales únicamente, sino que se extiende a otras áreas que importa regular al derecho positivo en nuestro país, como la procreación, y el auxilio mutuo que se deben los cónyuges. Siendo llamado literalmente por nuestra legislación contrato

121 Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III obligaciones y contratos. Editorial Pirámide, España, Madrid, 1976.

•Los contratos•

de matrimonio¹²². Una corrección dogmática implicaría reconocer esa institución como un acto jurídico, por cuanto para su nacimiento se requiere la presencia frente al funcionario correspondiente, (por ejemplo un juez, sacerdote o notario en Colombia) y las derivaciones jurídicas del mismo, no son puramente patrimoniales.

De otro lado, se considera que en nuestro país la idea de contrato es absolutamente idéntica a la de convención, pues el legislador las ha equiparado en las normas anteriormente comentadas, (artículo 1494, 1495 C.C.)¹²³; caso diferente de lo que en Francia ha acontecido y a la opinión de algunos de los doctrinantes nacionales.

Otra razón para inclinarnos en este sentido, es la de que en la antigua Roma desde siempre el contrato se equiparó a la convención. Allí, se tenía a ambos como acuerdos de voluntades con el ánimo de crear, modificar o extinguir obligaciones¹²⁴.

En efecto, desde la antigüedad los conceptos de convención y contrato hacían referencia a lo mismo; sin embargo, con el transcurrir del tiempo los glosadores medievales confundieron los conceptos de convenio y convención, por lo que se generó la diferenciación que Pothier y otros doctrinantes clásicos aceptaron como cierta.

En el mismo sentido, en Francia la diferenciación aparece referenciada legalmente en el Código Civil por lo mismo que se dijo anteriormente. Por el contrario, en nuestro país la diferenciación no tiene razón de ser y es claro que el legislador en su redacción trató de eliminar la precitada diferencia. Al repetir la diferenciación doctrinaria francesa se incurre en nuestro sentir en una impropiedad.

En reiteración, los dos artículos anteriormente citados, el 1494 y el 1495, son la base fundamental, es nuestra posición. Alessandri por su parte expone que los mencionados artículos se refieren a conceptos diversos en verdad, pues las obligaciones son claramente consecuencia de los contratos.

De otra parte en el BGB (Código Civil Alemán) se emplea la palabra contrato (Vertrag) con igual sentido de convención, así entonces se tiene la necesidad de diferenciar entre los contratos llamados (o traducidos) obligatorios (*Schuldvertrag*),

122 Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, P. 565.

123 Esta similitud es aceptada por De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de derecho civil*, Madrid, Reus 1944. P. 254 y 255 por cuanto esas palabras conllevan la función de "constituir, regular o resolver un vínculo jurídico".

124 Así pues el *contractus* era una convención que producía una convención civil (p. VansWetter, *Op., cit.*, T. III, núm. P. 365.

o sea los que crean obligaciones; contratos liberatorios (*Liberatorischervertrag*), o los que sirven para extinguirlas (...), y los contratos de modificación (*Abwänderungsvertrag*). El Código de Derecho Privado Italiano en su artículo 1321 coincide igualmente con la definición de contrato del código alemán y con la doctrina alemana al respecto¹²⁵.

Sin embargo, la doctrina ha equiparado la noción de convención a la de negocio jurídico bilateral o plurilateral¹²⁶. Pues es obvio como lo exponen, que no pueden existir convenciones unilaterales. Así mismo, en apoyo de nuestra posición, nuestro Código llama a la transacción “contrato” cuando esta tiene como primordial función extinguir obligaciones: en efecto como lo prescribe el artículo 2469 del C.C. *La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que se disputa. Cabría la opinión, según la cual se le denomina contrato por cuanto obliga a las partes a respetar el acuerdo mediante el cual han terminado extrajudicialmente un litigio, sin embargo, es claro que la razón de ser de la transacción es definitivamente extinguir un vínculo jurídico, con efectos incluso de cosa juzgada, que ata a las partes que se valen de ella. Algo similar ocurriría con la novación, pues a la vez que extingue obligaciones, coetáneamente las crearía, generando nuevas obligaciones por las partes, con todo es un acuerdo de voluntades que extingue y crea obligaciones simultáneamente.

Por último, en nuestro Código de Comercio, mucho más influenciado por la moderna redacción de los códigos más recientes dentro del ámbito europeo¹²⁷ y mundial en general, aparece definido el contrato en el atrás mencionado artículo 864 como:

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 este reciba la aceptación de la propuesta.

.....
125 Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. Novena Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998. P. 50.

126 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Ed 8° actualizada. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 2005. P. 43 y ss.

127 Como por ejemplo el Código Civil Alemán de 1900 y el Código de Derecho Privado Italiano de 1942.

Principales clasificaciones de los contratos

Consensuales, reales y solemnes

Atendiendo al momento en que se perfeccionan los contratos pueden ser consensuales, reales o solemnes. Los primeros son aquellos que nacen a la vida jurídica con el sólo acuerdo de voluntades, por otro lado, los segundos requieren que se realice la entrega material de la cosa que constituye el objeto del contrato y finalmente, los solemnes son aquellos que, por mandato expreso de la ley, requieren de una o de varias solemnidades para llegar a perfeccionarse.

Respecto a estos últimos, es necesario afirmar que existen tres clases de solemnidades, a saber, las *ad probationem*, las *ad substantiamactus* y aquellas que convienen las partes. No obstante, un contrato se considera solemne sólo cuando la solemnidad es requerida por la ley como uno de los elementos esenciales del determinado negocio jurídico, es decir, *ad substantiamactus*. Por el contrario, las otras dos clases, si bien pueden servir como prueba del contrato, no son necesarias para su perfeccionamiento.

Por otro lado, en muchos otros escenarios y coincidiendo con Valencia Zea, estimamos que en una eventual reforma del Código Civil Colombiano, los contratos reales deberían desaparecer, pues su utilidad es mínima, por el contrario, crean más dificultades prácticas que beneficios para los individuos.

Unilaterales y bilaterales

Un contrato se considera bilateral cuando ambas partes se obligan, por el contrario, el mismo es unilateral cuando sólo se obliga una de las partes. La importancia de esta clasificación radica en que en los contratos bilaterales, las prestaciones de ambas partes tienen una relación de equivalencia que, como ya se ha dicho tantas veces, en virtud del art. 1546 C.C., faculta a la parte que ha cumplido su prestación a exigir de la incumplida, la resolución del contrato o la ejecución del mismo.

Compromisos unilaterales

Estos hacen referencia a las declaraciones de voluntad que autónomamente hacen los particulares y que los obligan por el mandato legal. Dentro de ellos, podemos

iniciar reiterando el ejemplo planteado por el artículo 1494 del C.C. Primero que todo vale decir que no son actos unilaterales en su formación, sino que siempre van a requerir de por lo menos dos voluntades. Son unilaterales en cuanto a sus efectos, esto es en cuanto a la persona para la que se están creando obligaciones.

... ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y... (1494 C.C).

Así, la aceptación de una herencia obliga al aceptante a recibirla, como bien lo prescriben los artículos 1298 a 1303 del C.C. También la aceptación de las asignaciones, según los artículos 1282 a 1291 de la misma obra.

Dentro de ellas se incluyen el *animus donandi* como lo preceptúa el artículo 1443, que a pesar de enunciar a dos personas no habla de un contrato, sino de un acto, mediante el cual una transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta. Sería entonces un compromiso unilateral, en el que el donante, se compromete a transferir esos bienes a su donatario.

Pero tal vez de las más importante declaraciones unilaterales de voluntad, que obliga a quien la hace es la que se denominó y tipificó como opción en el artículo 23 de la ley 51 de 1918, que a su tenor literal prescribe:

La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir ese plazo.

La opción es entonces, una declaración unilateral de voluntad que obliga a cumplir el compromiso hecho, por quien la concede, no a quien va dirigida, pero siempre tendrá que someterse a un plazo o condición, so pena de ser ineficaz. La opción es simplemente un derecho que le concede el declarante a un tercero, para optar por la contratación respecto de algo, esa declaración válidamente hecha obligará al declarante a mantener esa opción por un plazo determinado de tiempo hasta que se cumpla con determinada condición.

•Los contratos•

De la norma citada se deduce que al año quedará desvinculado quien concedió el ofrecimiento de la persona a quien está dirigida, a menos que se haya convencionalmente pactado un plazo mayor o menor.

Tenemos entonces que la opción; según la gran mayoría de la doctrina es una forma de obligarse perteneciente a las declaraciones recepticias de voluntad; referida también por algunos autores como “promesa unilateral” en la medida en que un contratante adquiere una obligación a su cargo consistente en celebrar el contrato opcional, si y sólo si, la otra parte se decide a realizar el contrato. Es claro que esta posición es válida en la medida en que en la promesa bilateral ambas partes quedan atadas necesariamente a contratar, mientras que en opción tan sólo una de ellas está adquiriendo la mencionada obligación.

Así por ejemplo, en el contrato de compraventa puede haber opción de compra cuando el vendedor se obliga a vender si el comprador decide comprar y opción de venta en evento en que el comprador se obliga a comprar si el vendedor se decide a vender. Algunos doctrinantes han tomado al pacto de retroventa como una de las formas de aplicación de la opción como forma de generar obligaciones, otros han tomado la de la venta a prueba en el artículo 1879 del Código Civil como un ejemplo en el que se plasma o evidencia la mencionada opción; con todo, es claro que los mencionados artículos son anteriores a la norma en comento que reguló lo atinente a la opción, con lo que si bien es cierto pueden coincidir los efectos de las normas en cita, no lo es menos que el espíritu legal de las mismas es obviamente diverso.

Existe entonces en virtud de la opción una obligación de mantenerla para tratar de contratar, sin embargo, a su vez esta debe depender por mandato legal de un plazo o condición expresa, como atrás ha quedado dicho.

Promesa de contrato

En nuestro país aparece regulada en el artículo 1611 del Código Civil, que fue subrogado por la ley 153 del 1887 en su artículo 89¹²⁸.

.....
128 Dicha norma expresa:

La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1ª.) *Que la promesa conste por escrito*

Así pues, en nuestro sentir se está regulando expresamente el contrato de promesa, pues de él se derivan, como se desprende claramente del texto legal transcrito, obligaciones. Claro está, para que ello sea así necesariamente deben reunirse las ciertas formalidades que son las que están prescritas por esa norma legal.

De otro lado, cabe hacer ciertas precisiones como la de que esa promesa ha de constar por escrito si las partes quieren obligarse, esto es que la promesa es un contrato solemne, ya que para que pueda generar obligaciones es necesario que las partes manifiesten en un escrito dicha voluntad. Esta regla, aunque está claramente expresada en la norma en mención, no es absoluta, ya que en el área mercantil las partes pueden celebrar un contrato de promesa con su simple manifestación de voluntades, en el aspecto mercantil el contrato de promesa es consensual y no solemne. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Consensualidad. Independientemente de la forma de perfeccionar el contrato de promesa mercantil, debe reunir las condiciones propias de la promesa en general, es decir, los requisitos para la existencia y validez de los contratos, el señalamiento de un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido y la determinación del contrato prometido, de tal modo que no quede faltando para su perfeccionamiento sino la tradición¹²⁹.

De otro lado, en el ordinal segundo de la mencionada norma, debió citarse el artículo 1502 y no el 1511, así mismo deberá tenerse en cuenta que el contrato de promesa deberá incluir una condición o plazo determinado para que el contrato prometido se celebre, lo anterior en concordancia con el principio de que *nadie puede estar atado eternamente a algo*.

2ª) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil.

3ª) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

4ª) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicaran a la materia sobre que se ha contratado.

129 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 12 de septiembre del 2000. Magistrado ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

El argumento más fuerte para plantear que no se habla de promesa de contrato, sino de contrato de promesa, —evitando caer en juegos de palabras inoficiosos y confusos— es el enunciado en el ordinal 4° de la norma en comentario; pues, como ya se refirió, el contrato se determinara de tal suerte que sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Lo anterior significa, sin más, que los dos o más contratantes deberán estar prestos a cumplir con esas formalidades legales o con, por ejemplo, la tradición de la cosa a efecto de cumplir el prometido contrato, y en esa medida surgen obligaciones para ambas partes, pues no solamente se tendrá que entregar, sino que el recepcionante deberá allanarse a recibir, a efecto de perfeccionar el contrato en cuestión.

Así mismo, válido parece reiterar que, la promesa de contrato que no cumpla con los requisitos enunciados por el artículo 1611 de nuestro ordenamiento civil, no obligará a ninguna de las partes intervinientes en ella, y por consiguiente, no tendrá ningún piso ni fundamento jurídico en contra de cualquiera de las mismas.

Principales y accesorios

Un contrato se considera principal cuando su existencia es autónoma e independiente de otros negocios jurídicos, por el contrario, el mismo es accesorio, cuando su existencia se encuentra subordinada a otro negocio jurídico, como ocurre por ejemplo con la hipoteca o la prenda que garantiza un crédito, en este caso, el contrato principal es el mutuo y el accesorio es el gravamen hipotecario y en consecuencia, cuando se extinga el primero se extingue el segundo.

Típicos y atípicos

Un *contrato típico* es aquel, cuyos elementos esenciales se encuentran regulados en la ley de forma integral y sistemática, si no ocurre esto, el *contrato es atípico*.

La importancia de esta clasificación radica en la determinación del marco jurídico aplicable a los contratos atípicos, que carecen de normas supletivas de la voluntad para llenar los vacíos que dejan las partes en sus estipulaciones contractuales. Este problema no es de fácil solución y por el contrario, distintos juristas se han pronunciado señalando la que ellos consideran, debe ser la pirámide normativa aplicable.

Conmutativos y aleatorios

Un *contrato es conmutativo* cuando se conoce el alcance de las prestaciones de ambas partes y estas se consideran equivalentes, por el contrario, cuando no se conoce tal alcance, porque una o ambas prestaciones están sometidas al azar, se trata de un *contrato aleatorio*. De esta manera el Código Civil en su artículo 1498 expresa:

El contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama *aleatorio*.

Entonces, para que un contrato sea considerado conmutativo deben concurrir tres requisitos: a) que sea oneroso o útil para todas las partes; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento de la celebración del contrato; y c) que produzca prestaciones que se miren como equivalentes¹³⁰. De otro lado, la característica fundamental de los contratos aleatorios estriba en la imposibilidad de estimar, desde el primer momento, una o más prestaciones que produce, por depender estas del azar¹³¹.

La importancia de esta clasificación radica en la funcionalidad de sinalagma planteado por las partes contratantes y entre otras, por ejemplo, en que la figura de la lesión enorme, solamente es posible predicarla de los contratos conmutativos y nunca de los contratos aleatorios.

De ejecución instantánea y de tracto sucesivo

Un contrato es de ejecución instantánea cuando es susceptible de agotarse en un sólo momento, como en la compraventa diaria en un supermercado, es de tracto sucesivo cuando sus prestaciones requieren del transcurrir del tiempo para poder cumplirse, como en el arrendamiento, y es de cumplimiento escalonado, por

.....
¹³⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Segunda reimpresión de la séptima edición. Bogotá: Temis. 2014. Pág. 63.

¹³¹ *Ibid.*

•Los contratos•

ejemplo, cuando en una compraventa las partes acuerdan que el pago del precio se realice por cuotas, dado que, si bien se trata de una obligación cuyo cumplimiento podría darse en un sólo momento, las partes acuerdan que el mismo se dé de forma periódica¹³².

Esta clasificación, si bien es encontrada inútil por algunos doctrinantes¹³³, se considera válida por las consecuencias que se indican a continuación:

- i. La teoría de la imprevisión sólo aplica a los contratos de tracto sucesivo y a los contratos de cumplimiento escalonado.
- ii. Los contratos de tracto sucesivo sólo pueden terminar con efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro; mientras que los contratos de ejecución instantánea y los de cumplimiento escalonado se pueden resolver con efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos.

Elementos de validez del contrato

En todo negocio jurídico, de conformidad con el art. 1501 C.C. es posible distinguir tres clases de elementos, a saber:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la **esencia** de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la **naturaleza** de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son **accidentales** a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Resaltado fuera del texto).

Como se observa, esta clasificación es muy importante, porque señala los aspectos que la ley exige imperativamente para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos (esenciales), los aspectos que ella entra a regular de manera supletiva (de la naturaleza) y la posibilidad que tienen las partes de agregar cuantas estipulaciones contractuales consideren pertinentes (accidentales).

132 Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Bogotá. Editorial Temis, 1953.

133 Ospina Fernández, Guillermo. *Op., cit.*, P. 74.

No obstante, cuando se habla específicamente de contratos, en la actualidad, es necesario distinguir otra clase de elementos, que bien podrían explicarse como requisitos de tres etapas de un test de eficacia, en el cual, primero, se busca establecer si el contrato ya nació a la vida jurídica; posteriormente, si el mismo es válido de acuerdo con el ordenamiento jurídico y por último, si sus efectos son oponibles a terceros. En ese sentido tenemos que estos elementos son:

1. Los elementos de existencia, también llamados esenciales, que son los necesarios para que el contrato nazca a la vida jurídica.
2. Los elementos de validez, que hacen referencia a las condiciones requeridas de cada uno de los elementos de existencia, para que el determinado contrato, se encuentre adecuado a la ley y no sea susceptible de alguna sanción de ineficacia.
3. Los elementos de oponibilidad, que son los necesarios para que el contrato pueda surtir sus efectos frente a terceros, es decir, frente a sujetos distintos a las partes.

Ahora bien, respecto a los elementos de oponibilidad es claro que ellos sólo se presentan en determinados contratos, que exigen de la inscripción en un determinado registro, como por ejemplo, la constitución de una garantía mobiliaria o la venta de un inmueble.

Por el contrario, los elementos de existencia y de validez se presentan en todos los contratos y la delimitación entre unos y otros es motivo de una álgida discusión, que se relaciona a su vez, con la discusión sobre la inexistencia y la nulidad, por lo que se considera pertinente posponer la enunciación de cada uno de estos elementos, al momento en que se aboque el estudio de las sanciones de ineficacia de los negocios jurídicos.

No obstante, en aras de brindar claridad y sin entrar a discutir por ahora los elementos de existencia de los contratos, es posible afirmar que los elementos de la validez de todo contrato son la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito y la causa lícita. A continuación se abordará el estudio de cada uno de ellos y posteriormente, cuando se aboque al estudio de las sanciones de ineficacia del negocio jurídico, se retomará la discusión en torno a la nulidad y a la inexistencia.

Capacidad

Definición y clases

La capacidad es la aptitud que reconoce el ordenamiento jurídico para ejercer derechos y contraer obligaciones¹³⁴ y, es ostentada tanto por las personas naturales, como por las personas jurídicas. La capacidad se clasifica en capacidad de goce o jurídica y capacidad de ejercicio o negocial; la primera consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos y la segunda en la aptitud para obligarse de manera directa.

A continuación hablaremos primero de la capacidad de las personas naturales y a continuación de la capacidad de las personas jurídicas.

Capacidad de las personas naturales

Las personas naturales tienen la capacidad de goce desde el momento de su nacimiento, mientras que la capacidad de ejercicio se tiene desde que se llega a la mayoría de edad, que en Colombia son los dieciocho años¹³⁵.

No obstante, este límite de los dieciocho años implica para el ordenamiento jurídico el establecimiento de dos presunciones, una de derecho (*iure et iure*) y otra de hecho (*iuris tantum*), la primera consiste en que “todo menor de dieciocho años se presume incapaz mentalmente de obligarse por sí mismo”, mientras que la segunda, consiste en que “todo mayor de dieciocho años se presume mentalmente capaz de obligarse por sí mismo”. Esta última, como se dijo, es una presunción de hecho y por ende permite que, mediante un procedimiento judicial, se declare a un mayor de edad incapaz de contraer negocios jurídicos por sí mismo. Vale acotar que de acuerdo a la más inveterada jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se presume la capacidad del adulto, lo que debe probarse es la incapacidad a través de la sentencia judicial ejecutoriada respectiva.

134 Corte Constitucional Sentencia C-534 de 2005.

135 Hineostroza define a la capacidad como; “La capacidad es un modo de ser natural del sujeto, su actitud intrínseca para ser titular activo o pasivo de una relación jurídica, al tiempo que para modificarla por sus propios medios, sin la colaboración o la actividad sustitutiva de otra persona”. Hineostroza, Fernando. Derecho Civil. *Op., cit.*, P. 294.

Causales de incapacidad de las personas naturales

Incapacidades provenientes de la edad

Si bien, todas las personas desde su nacimiento cuentan con la capacidad de goce, en cuanto a la capacidad de ejercicio, las personas pueden ser incapaces atendiendo a su edad o a su estado mental. En observancia del primer criterio se tiene que:

1. Las personas entre los cero y los doce años, denominadas niños y niñas¹³⁶, de conformidad con el art. 53 de la Ley 1306/09 y el art. 3 del Cód. de la Infancia y Adolescencia, son incapaces absolutos y en consecuencia, los negocios jurídicos celebrados por ellos se consideran viciados de nulidad absoluta.
2. Las personas entre los doce y los dieciocho años, denominadas adolescentes, son incapaces relativos y en consecuencia, los negocios jurídicos celebrados por ellos se consideran viciados de nulidad relativa a menos que interceda por ellos su representante legal.

Con todo, estas incapacidades tienen varias excepciones específicas a saber, el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales y la administración del peculio profesional, que son negocios jurídicos, que a pesar de ser celebrados directamente por un adolescente mayor de catorce años, son válidos, en virtud de que son fenómenos que ocurren con frecuencia en la realidad social y, mal actuaría el ordenamiento jurídico si no atendiera a esta.

Incapacidades provenientes del estado mental

Por otro lado, a causa de su estado mental, las personas también pueden ser incapaces absolutas o relativas, dependiendo de si son discapacitados mentales absolutos o discapacitados mentales relativos, los primeros son quienes sufren una afectación o patología severa o profunda de aprendizaje o de comportamiento y los segundos son quienes padecen deficiencias de comportamiento, prodigalidad

.....
¹³⁶ Por el contrario, Valencia Zea, indica que entre los cero y los siete años, la capacidad se considera "inexistente" y en consecuencia los Negocios Jurídicos celebrados por sujetos entre estas edades, también llamados infantes (art. 34 C.C.), se consideran inexistentes. Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil: Parte general y personas. t. i. Decimoseptima Edición. Bogotá D.C. Temis. 2011.

•Los contratos•

o inmadurez negocial y, que como consecuencia de ello, puedan poner en riesgo su patrimonio¹³⁷.

Para que una persona sea considerada discapacitada mental, o para que pierda esta condición y vuelva a ser capaz, es necesario que exista una sentencia judicial¹³⁸ que así lo declare¹³⁹.

La sentencia que declare a una persona interdicta, lo incapacita para celebrar cualquier negocio jurídico, a menos de que lo realice por intermedio de un curador. Mientras que la sentencia que declara a una persona inhábil, lo incapacita a celebrar sólo determinados negocios jurídicos de enajenación que superen los 15 SMLMV¹⁴⁰, sin la previa autorización de un consejero legítimo.

Capacidad de las personas jurídicas

Para que una persona jurídica tenga capacidad de goce y de ejercicio se requiere que esta haya tenido un proceso de constitución regular, el cual, si bien está sujeto a varias consideraciones propias del derecho societario, se puede resumir en tres pasos: i) La realización del negocio jurídico plurilateral (que no contrató) de constitución; ii) el cumplimiento de la formalidad requerida por la ley, que puede consistir en elevar aquel negocio jurídico a escritura pública o, como ocurre con las S.A.S., puede agotarse simplemente con un documento privado, así mismo, el respectivo registro mercantil¹⁴¹.

Una vez se encuentra regularmente constituida, la persona jurídica cuenta con capacidad de goce y de ejercicio, pero esta última requiere siempre de la actuación de su representante legal, el cual se determinará de conformidad con lo indicado, ya sea en los estatutos y la ley.

Con todo, es necesario señalar que la capacidad de las Personas Jurídicas, tanto la de goce como la de ejercicio se encuentra determinada por su objeto social y

.....
137 Estas definiciones son las mismas que establece la Ley 1306 de 2009 en sus arts. 17 y 32.

138 Art. 1503 C.C.

139 El procedimiento a seguir en este caso es de los de Jurisdicción Voluntaria, señalado en los arts. 577 y ss. C.G.P.

140 Art. 36, Ley 1306 de 2009.

141 Art. 5, Ley 1258 de 2008.

en definitiva por los estatutos, salvo en tratándose de s.a.s. y de empresas unipersonales que cuentan con plena capacidad¹⁴².

El consentimiento y su formación

El consentimiento es la unificación y concurrencia de dos voluntades en un sólo querer, por lo que únicamente se presenta en los contratos, pues requiere para su formación de mínimo dos voluntades distintas.

Es preciso, en este punto, recordar que dentro de los contratos cada parte puede estar compuesta por uno o varios sujetos, no obstante, el acuerdo entre todos los sujetos de una parte no da lugar al consentimiento, pues todos ellos conforman una sola voluntad; por el contrario, la unión de aquella voluntad con otra diferente en un sólo querer sí da nacimiento al consentimiento.

Ahora bien, para que surja el consentimiento se requiere de la existencia de una oferta y una aceptación, cada una con requisitos y condiciones particulares que a continuación se enunciarán.

La oferta

La oferta es otra de las llamadas declaraciones recepticias de voluntad dirigida a una o varias personas determinadas o destinatarios ciertos. Es un acto preparatorio que precede a la formación del contrato, y por mandato legal es irrevocable. Está dentro de esos actos preparatorios del contrato también llamados tratos preliminares.

Es, así mismo, un negocio jurídico unilateral; en virtud del cual una persona se dirige a una o varias personas determinadas, o en materia comercial, al público en general, (en el caso de la oferta pública también llamada policitud); indicando las estipulaciones de un contrato de manera apta y por un medio de comunicación adecuado.

La oferta está regulada en nuestro ordenamiento mercantil por los artículos 845 y ss, del Código de Comercio, sin embargo, y en concordancia con el artículo 8 de la ley 153 de 1887, se aplica por analogía en la materia civil.

.....
142 Art. 3 Ley 1258 de 2008.

La oferta está definida por el artículo 845 del C. Co., como:

...El proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, y que deberá contener los elementos esenciales del negocio. En nuestro país estos son, (remitiéndolos a la legislación civil, por orden expresa del artículo 822 del C.Co.), los prescritos por el artículo 1501 del C.C., así “son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente...” en el caso específico de la compraventa, por ejemplo, deberá contener esa propuesta por lo menos la claridad suficiente respecto a la cosa y al precio; en el arrendamiento, se debe tener claridad suficiente sobre la cosa y el canon a pagar por el uso y tenencia de esa misma cosa, sin lo cual no produciría efecto alguno, como lo prescribe el mismo artículo 845 del C.Co. Sin embargo, se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer a ese mismo destinatario. Así pues son medio idóneos una llamada, o una comunicación telegráfica, o un mensaje vía internet, también la declaración entre presentes.

También puede mirarse como una propuesta, una invitación que una o más personas hacen a otra u otras para celebrar una convención o contrato. Debe contener esa invitación, como ya lo dijimos, por lo menos las condiciones esenciales del negocio que son las preceptuadas en el artículo 1501 del C.C., en el que aparecen referenciadas como tales.

A lo largo del desarrollo doctrinario sobre el tema, se ha tenido especial cuidado respecto de esas formas de comunicación de la propuesta u oferta, siempre que es a través de estas, que esa especie de declaración de voluntad nace a la vida jurídica. Se ha planteado que, para que alguien se obligue a través de su propia voluntad, es necesario que haya una declaración libre de ese alguien o de los contratantes en el caso de las declaraciones multilaterales, que esas personas declarantes sean capaces, que esas declaraciones tengan una causa legalmente válida y recaigan sobre un objeto o finalidad contractual (artículo 1502 C.C.).

Al respecto, grande ha sido la preocupación de la seriedad y rectitud de las declaraciones de voluntad, pues como es claro, uno o varios de los contratantes a pesar de reunir a cabalidad las características citadas por la ley, podrían simular su verdadera intención. De esta manera, la doctrina y la jurisprudencia han planteado que además de los requisitos planteados por la legalidad, para que alguien se obligue de forma válida, es necesario. 1) interpretar las normas dentro de la

inteligencia de las mismas y de la codificación en la que se encuentren y que por encima de ello; 2) esa declaración debe ser recta y seria; en el sentido de tener la intención de obligarse en la real forma de su declaración¹⁴³.

Teorías

Específicamente, respecto de la oferta se ha planteado por una parte de la doctrina que esta deberá contener todos los elementos del contrato, al punto que para que se perfeccione el contrato sólo falte la aceptación de la otra parte¹⁴⁴.

La oferta, de otro lado, es la primera declaración completa que una parte le comunica a la otra, donde le manifiesta su intención de contratar, por esto, desde los tiempos de la Codificación Civil Francesa, existió gran preocupación respecto de esas conductas precontractuales. En efecto, los romanistas franceses, mejor de las galias y germanía de la época medieval (y aun los modernos), vieron en esas declaraciones unilaterales de voluntad el más importante germen de la obligaciones civiles, por cuanto de ellas era que se desprendía cualquier futura forma de contratación.

Teoría clásica

También denominada francesa, hace referencia a que juristas como Pothier y otros contemporáneos suyos consideran que la oferta no era obligatoria o vinculante, pues los negocios jurídicos tenían que ser el resultado de una convención o un acuerdo bilateral de voluntades, pues según ellos, no podían imponerse unilateralmente a otros derechos y obligaciones. En el caso específico de la oferta, esta sólo generaría derechos y obligaciones una vez fuera aceptada, no antes. Para los mencionados juristas no constituía una fuente de obligaciones ni de derechos. Podía ser revocada (como aun lo es hoy, en algunos países) antes de que el destinatario la aceptara. Así, entonces, no podía accionarse por perjuicios causados

143 Saleilles, *De la declaración de voluntad*. P. 5 y, al respecto también Windsheid y Puig Peña.

144 Por ejemplo Enneccerus y A. Von Tuhr. Sin embargo en la doctrina contemporánea o por lo menos un poco más avanzada, hay mayor consenso con respecto a la posición de que sólo es necesario determinar los elementos esenciales del contrato que se ofrece. Por ejemplo Carbonnier J., además porque la celeridad del mundo moderno, solicita del derecho una mayor rapidez y que las relaciones jurídicas, no sólo comerciales sino civiles, sean más expeditas, sin que por ello se le restarle seguridad o eficacia a las mismas. Nuestro Co.Co. toma partido por esta posición, como ya lo hemos referido.

antes de la aceptación, en últimas, podía ser terminada sin ninguna consecuencia jurídica para el oferente.

Otro problema que enfrentaron los romanistas, al referirse al tema de si podía incurrirse en responsabilidad u obligación por una oferta, fue aquel según el cual tradicionalmente sólo se reconoció la responsabilidad en dos únicas modalidades, la contractual y la extracontractual. El problema surgía porque cuando simplemente mediaba una propuesta, oferta o promesa unilateral, no podría hablarse de ninguna de las dos, pues no era contractual en la medida en que no se había concretado el concurso de voluntades; y tampoco era extracontractual por cuanto mediaba un ánimo de obligarse y existía en todo caso una relación de voluntariedad entre quien hacía y quienes conocían de la declaración.

Por último, como una visión soluble al problema, se planteó que los contratos o convenciones requerían de la declaración autónoma de por lo menos dos partes, mientras que declaraciones como la oferta, eran simplemente declaraciones receptivas de voluntad, como ya lo planteamos atrás, que conformaban actos preparatorios a ese contratar. Dentro de ellas se encontraban varias especies, de las cuales ya hemos visto algunas: la promesa, la opción (en algunas legislaciones), la oferta y, para alguna parte de la doctrina, la aceptación.

Se planteó, igualmente, que esa primera declaración completa, que permitiría el nacimiento de un contrato, debía generar lo que se denominó *la culpa in contrahendo* o en contratando, como clara posibilidad de la eficacia jurídica de la promesa unilateral, como derivación y modalidad de la responsabilidad contractual¹⁴⁵.

El nuevo parágrafo 311 del BGB preceptúa y reconoce *la culpa in contrahendo* como una fuente adicional de las obligaciones, incluso a favor de terceros que han sufrido daños, por virtud de las negociaciones iniciadas entre las partes contratantes.

Teoría moderna

A partir de la segunda mitad del siglo XIX la doctrina replanteó ampliamente sus posiciones respecto de la que, hasta ese momento, era la mínima controversia sobre la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales de voluntad, contrariándose

.....
145 Fue el gran Rudolph Von Ihering quien destino su tesis de grado a un primer estudio detenido del problema y canalizó por vez primera los diversos posicionamientos en tendencia a crear la denominada responsabilidad al contratar o *in contrahendo*.

ampliamente aquel parecer generalizado según el cual no podrían generar obligación alguna.

La primera posición indicó que la conjugación de voluntades casi nunca era simultánea, sino sucesiva; conducía a esta posición, el hecho de que el sujeto obligado a una acción u omisión determinada no lo estaba por la imposición de otra persona, sino por su propio convencimiento; posteriormente se planteó que así lo demandaban los supuestos más modernos del derecho y manifestaba ello en los intereses del tráfico. Por ejemplo, en las promesas de contrato, las promesas de fundación y recompensa, los títulos a la orden y al portador y las estipulaciones para otro, esos principios sirvieron de inspiración para las codificaciones alemana, suiza, brasilera, peruana y muchas otras que se consolidaron durante el siglo xx.

En España, por ejemplo, durante la segunda mitad del siglo xx se acogió jurisprudencialmente la nueva posición doctrinaria y se confirmó que el oferente quedará obligado conforme a los términos en que la oferta ha sido producida y a las reglas generales sobre contratación, pues si bien la oferta no puede ser por sí misma vinculante, en tanto no exista correlativa aceptación de la parte a quien va dirigida, para producir una obligación contractual, la misma si es suficiente para admitir que en ella nace una situación jurídica de la que pueden derivarse consecuencias relevantes para el Derecho, ya que crean en el mundo jurídico transformaciones que dinamizan los vínculos que las personas poseen, al crear, modificar o extinguir obligaciones. (Sentencia de 28 de abril de 1966 del Tribunal Supremo Español).

Todo lo anterior fue una lentísima y gradual reincorporación de una posición que si bien es cierto no era la regla general en el Derecho Romano, si fue aceptada por el mismo como una de las posibilidades de contraer obligaciones y generar derechos para dos partes atadas o unidas por una declaración, no por un vínculo obligacional, sino por la simple declaración de un persona que dentro de su fuero interno a bien tenía obligarse. Los romanos racionalizaban por regla general que las obligaciones eran originadas por el acuerdo de las partes contratantes, y planteaban como excepción, el escenario en que dichas obligaciones surgieran de la declaración de una sola persona. Nuestro Código de Comercio acogió las más modernas posiciones respecto de muchos temas de amplia discusión mundial sobre el derecho privado; de todos ellos podemos destacar la oferta como una de las

formas claras que se incorporaron y readecuaron en la legislación de forma vanguardista y en nuestro sentir, bastante más adecuada.

Ya hemos visto como el art. 846 del Código de Comercio se plantea la irrevocabilidad de la oferta, siempre que una vez hecha el oferente deba mantenerla, so pena de incurrir en responsabilidad *in contrahendo*. Criterio este traído de la legislación y de la doctrina europea de los siglos XIX y XX.

La responsabilidad *in contrahendo* está fundamentada en el principio de la buena fe o *bonusfides* de los romanos, que hace referencia a que quien alega la mala fe de alguien, deberá probarla¹⁴⁶. Nuestra Constitución tipifica la presunción de la buena fe en el artículo 83 que a su tenor literal dice:

Art 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Ello simplemente implica que toda actuación y declaración de los particulares es de buena fe hasta que simplemente se demuestre lo contrario en virtud de una prueba válida.

La responsabilidad *in contrahendo* tiene muy en cuenta esa buena fe de los particulares y tiende a afirmar el hecho de que los particulares contratan con la intención de obligarse de forma válida y de acuerdo a sus declaraciones. Esa responsabilidad *in contrahendo* se divide en dos partes a saber:

1. Interés de cumplimiento o positivo.
2. Interés o responsabilidad de confianza o negativo.

El primero de ellos hace referencia a que los contratantes, o en el caso particular, el destinatario, tienen la plena confianza de que el contrato a ejecutar o prometido se va a cumplir de acuerdo a lo que se ha pactado o de acuerdo a lo que el oferente ha declarado. Esa expectativa claramente genera derechos. Rodolfo de Ihering, el insigne maestro durante toda su vida de la Universidad de Göttingen en Alemania, fue el primer jurista que se ocupó de este tipo de interés;

.....
¹⁴⁶ Cabe especificar que el principio de buena fe, va más allá de probar la mala fe. Es una presunción que goza toda persona que se encuentra en el mudo jurídico, y que permite entre otras cosas originar la confianza legítima entre contratantes, ya que se entiende que cada uno actúa de manera recta y acorde a las leyes y a los patrones razonables de la sociedad.

planteando que debería haber un tipo especial de responsabilidad respecto de los precontratantes, basada simplemente en el principio según el cual si los contratos y las declaraciones de voluntad debían ejecutarse de buena fe, así también debían serlo en su formación¹⁴⁷. Cabe advertir que de este planteamiento es que surgió para el mundo jurídico, la conceptualización y el estudio de la responsabilidad precontractual.

Así pues, el interés de cumplimiento se refiere a que el contratante o el destinatario de la oferta en su caso, guardará en la inteligencia del contrato a que su co-contratante le cumpla completamente, en el tiempo estipulado y de forma íntegra en la que se obligó, mientras que la responsabilidad negativa o de confianza es una simple expectativa en la que el supuesto contratante confía en que la otra parte va a celebrar el contrato o a aceptar la oferta, es simplemente una expectativa de que no se causara daño alguno. Pero si por esta confianza una de las partes incurre en gastos, o se ve abocada a realizar algún tipo de esfuerzo o acto con el cual pretenda contratar, y no es posible, por la revocatoria de la propuesta inicial, la parte que causó esa confianza y ese detrimento tendrá que verse obligada a resarcir los gastos sufragados, con el ánimo de restituir las cosas a su estado inicial.

Requisitos de la oferta

Como ya lo hemos enunciado, los requisitos de la oferta deberán ser básicamente dos: uno, contener los elementos esenciales del negocio o contrato que se ofrece, y dos, ser comunicada en debida forma al destinatario; o lo que es lo mismo a través de medios idóneos¹⁴⁸.

Sin embargo, a efectos de precisar, es importante decir que deberá ser, como es natural, una manifestación de voluntad real, consciente, libre y que se exteriorice, teniendo un objeto lícito y una causa igual. De otra parte, no como requisitos jurídicos, sino de su inteligencia, deberá ser una oferta en firme, inequívoca, y precisa, y completa. Lo anterior porque de no ser así, simplemente no podría hablarse de oferta. No porque de pronto no reúna los requisitos legales, sino porque simplemente se haría incomprensible para el al destinatario.

147 Al respecto hay discusión en la doctrina pues Ihering en principio sostuvo que la responsabilidad era simplemente contractual, y De Ruggiero plantea que esta responsabilidad surge del principio *Neminemlaedere*, con lo que se inclinaría más hacia la responsabilidad de tipo extracontractual.

148 Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. *Op., cit.*, P. 102.

Teorías generales del perfeccionamiento de la oferta

Existen tres teorías diversas del perfeccionamiento de la oferta.

Ya planteamos antes, que la oferta tiene que ser adecuadamente comunicada, debe usarse un medio de comunicación que sea captado por el destinatario. Debe ser inequívoca la manifestación de voluntad del oferente, tiene que ser clara porque las partes deben tener la seguridad de qué contrato es el que se va a llevar a cabo y cómo, esto es de qué forma y porque medios.

La primera de las tres teorías plantea que conocida por el destinatario la declaración receptiva de voluntad, el negocio se perfecciona. Esta teoría consiste en que el simple conocimiento de la oferta por parte del destinatario la perfecciona. No es necesario que este conozca el contenido de la oferta, con el simple acto de saber de su existencia la perfecciona. La segunda teoría, por su parte plantea que la oferta se perfeccionará una vez se haya emitido la propuesta en cuestión, su fundamento radica en que la oferta se perfecciona cuando sale de la esfera del proponente. La tercera y última teoría plantea que la propuesta se perfeccionará con el acto de conocimiento por parte del receptor, esto es por parte de la persona que recibe la propuesta o destinatario. Esta postura afirma que la oferta sólo se perfecciona cuando dicha propuesta llega al dominio del destinatario, cuando efectivamente la oferta entra en su esfera de control y el destinatario la conoce y entiende cuál es su esencia.

Entre ausentes, y cuando es por documento escrito (art. 851 C.Co.) la oferta se perfeccionará cuando el escrito ha llegado a manos del destinatario y ese tiene conocimiento del contenido del mismo.

La emisión no perfecciona, en este sentir, la oferta, por ejemplo, si se envía una carta y esta es recibida por el destinatario, pero no es leída, no se podría decir que en dicho acto se perfeccionó la oferta, ya que el destinatario aún no comprende las implicaciones de la propuesta formulada por el oferente. Sólo si el destinatario se entera a plenitud de las condiciones y elementos propios contenidos de la oferta, se considera que se cumplió el requisito *sine qua non* para que se perfeccione la oferta. En este ejemplo, para que el receptor se obligue, se tiene seis días para decidir, más el término de la distancia, como lo plantea la norma enunciada atrás, más el término de la distancia si el destinatario no reside en el mismo lugar o ciudad, municipio, etc.

Perfeccionamiento de la oferta en el derecho colombiano

Como ya lo hemos expuesto, comulgamos abiertamente con la posición según la cual la oferta se perfecciona cuando se ha verificado el acto de conocimiento por parte del destinatario, esto es cuando la parte a la que estaba dirigida la oferta ha tenido claro entendimiento de lo que el oferente pretende. Así entonces, el acto de conocimiento puede identificarse o no con el de recepción de la oferta, pero se perfecciona cuando inmediatamente al recibirla, el destinatario accede a conocerla al leerla o aprehenderla por su entendimiento¹⁴⁹.

Ocurre cosa diversa cuando transcurre un tiempo entre esa recepción por parte del destinatario y el momento de conocimiento de la misma oferta. Por ejemplo, cuando la carta ingresa a la esfera de dominio del destinatario por llegar la misma al domicilio o residencia del destinatario, pero este no tiene conocimiento de ella sino hasta varios momentos, días o incluso meses después, cuando revisa su correspondencia.

Se cree que la simple emisión no perfecciona la oferta, por cuanto esa emisión no garantiza que vaya a llegar a destinatario alguno, máxime cuando ese acto de conocimiento es un acto autónomo del destinatario, quien puede o no llegar a acceder al mismo, sin intervención alguna del oferente o sin que esa emisión tenga algún tipo de relevancia en el momento de ejecutarse ese conocimiento. Así mismo, también la legalidad ha previsto y la doctrina se ha preocupado por el perfeccionamiento de otras declaraciones.

Excepciones a la irrevocabilidad

Las excepciones a la irrevocabilidad de la oferta están dadas por la misma legalidad comercial en nuestro país y ellas son¹⁵⁰:

149 Al respecto cabe señalar que; "En general, el oferente no puede revocar intempestivamente la oferta durante el tiempo que sea necesario para que el destinatario declare si la acepta o la rechaza. Existe, pues, la obligación de mantener las ofertas una vez que han llegado a su destino". Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. *Op., cit.*, P. 104.

150 Cabe anotar que si el retiro de la oferta no se ampara bajo ninguna justificación que avale el ordenamiento jurídico, se entra en el campo de la responsabilidad. Al respecto Valencia Zea y Ortiz Monsalve han reiterado; "En consecuencia, la oferta adquiere cierta sustantividad en el sentido de que el oferente no puede revocarla sin comprometer su responsabilidad. Por lo tanto, la oferta sigue en pie aun en caso de muerte del proponente o de la incapacidad sobreviniente, pues la obligación de mantenerla se trasmite a los herederos". Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. *Op., cit.*, P. 104.

1° Que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria, cuando el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo que medie entre la expedición de la oferta y su aceptación (art. 846 C.Co.). Por ejemplo, cuando Juan ofreció un buen premio a quien le confeccionara el mejor vestido que usaría en su graduación, y emitida la oferta y antes del día de la graduación Juan fallece; o cuando se realizó una oferta de contratar con el mejor contador de la ciudad, que en el tiempo concedido para la aceptación cae en interdicción por un accidente; por ser un contrato de los dos llamados *intuitopersonae*, la oferta se desvanecerá. Específicamente, no es que la oferta se haya revocado, sino que simplemente los herederos de Juan o el destinatario contador u oferente, ya no tienen obligación alguna y por ende no incurrir en responsabilidad.

2° Cuando existía una justa causa para revocar la propuesta (art. 857 C.Co.), esto es que cuando de la inteligencia de la oferta y de los usos normales acostumbrados, se desprenda una razón lógica y valedera para deshacer la propuesta. Sin embargo, ello no tendrá aplicación respecto de las personas que hayan cumplido las condiciones de la oferta antes de su revocación. Al respecto es muy *sui generis* la ejemplificación que pueda hacerse, consideramos que quedará al arbitrio del juez considerar si se configura una justa causa o no para deshacer jurídicamente la oferta.

Esa revocatoria deberá ponerse en conocimiento de idéntica forma que la propuesta u oferta o en su defecto, por un medio equivalente. Creemos así mismo, que esa imposibilidad de hacer la comunicación de la revocatoria de igual o idéntica forma, deberá estar probada, ello en garantía de la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones entre los sujetos.

Al respecto, creemos que refiriéndonos a la irrevocabilidad de la oferta, únicamente tenemos esas dos posibilidades prescritas por nuestra legalidad.

Diferencias entre promesa, oferta y precontrato

Entre la promesa, la oferta y el precontrato existen diferencias que ya han quedado planteadas someramente atrás, pero que vale la pena reiterar a efecto de hacer claridad.

- El precontrato es un género en el que se enmarcan las declaraciones y tratos que tienen la finalidad de generar consecuencias jurídicas para dos o más posibles contratantes que quieran hacer uso de la autonomía de la voluntad.

Encierra este a las especies que ya han quedado mencionadas como la oferta, la opción o promesa unilateral, la promesa y para algunos la misma aceptación, que es el límite exacto entre la terminación de los actos precontractuales y el contrato en sí mismo considerado. Su finalidad, a fuerza de reiteración, es crear un “ambiente propicio” para las eventuales partes, ambiente en el cual se genere un deseado contrato.

- La oferta es una declaración receptiva de voluntad que pretende la creación de un contrato o negocio jurídico, en la que se generan obligaciones y responsabilidades para el oferente, como ya ha quedado dicho. La oferta es la primera declaración completa que tiende a la realización de un contrato y por lo mismo se crean para quien realiza deberes y obligaciones. Correlativamente crea expectativas y eventuales derechos para un destinatario que puede o no aceptarla.
- La promesa de contrato es en nuestra legislación un contrato en sí mismo, que genera para las partes derechos y obligaciones, específicamente crea una obligación de hacer, la de contratar en las condiciones estipuladas por los prometedores contratantes.

La aceptación

A su vez, cabe mencionar que esos contratos o convenciones pueden perfeccionarse de diversos modos, así, nuestra legalidad reconoce la aceptación expresa y tácita¹⁵¹. La aceptación expresa se refiere a manifestación de voluntad inequívoca y clara para aceptar el negocio, y el potencial nacimiento del contrato. La aceptación tácita al respecto está establecida en el artículo 854 del código de comercio, el cual la consagra como la conducta *manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho (...)*. Al respecto, basta sintetizar que la aceptación tácita es el acto significativo por el cual se deduce de la conducta la intención real de contratar y llegar a vincularse. De lo anterior, se deduce que la aceptación no siempre debe ser expresa, y que se puede configurar

.....
151 “Es expresa cuando el destinatario manifiesta mediante signos inequívocos la aceptación de las condiciones del contrato. (...) Es tácita cuando la respuesta se hace consistir en un acto del cual se deduce la aceptación, como cuando el destinatario comienza la ejecución del contrato”. Valencia Zea; Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil; obligaciones*. Tomo III. Op., cit., P. 106.

por el amplio margen que genera la manifestación del comportamiento al querer perfeccionar un contrato. Es importante también considerar que, cuando la aceptación se realice con una condición o se ejerza extemporáneamente, se considerará como una nueva propuesta. Este postulado está consagrado en el artículo 855 del mismo código.

Realizando una observación es necesario advertir que no siempre la aceptación tácita es pertinente, esta no resulta válida en los casos en que la ley exige la manifestación expresa de la voluntad, o cuando los contratantes han estipulado que sin la exteriorización enunciada no se producirán obligaciones. Un ejemplo de esto, es la modificación de las pautas que rigen un contrato de prestación de servicios.

Otro ejemplo ilustrativo es el que se establece en el artículo 2151 C.C., que regula por ejemplo la aceptación del mandato, respecto de las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos. Dándole cabida a la aceptación tácita o la expresa, como formas válidas de perfeccionar el contrato de mandato, e imponiendo la obligación de aceptar en un plazo determinado de tiempo o pena de incurrir en responsabilidad.

Perfeccionamiento de la aceptación

De otro lado, la aceptación se perfecciona cuando expresamente se aviene o se plega la voluntad de ese destinatario con la del oferente, y se ejecuta lo que previamente se había ofrecido, sin modificación alguna; pues si hay modificación de esta, se está en presencia de una nueva oferta, como atrás se planteó. En ese mismo momento podríamos decir que ha muerto la oferta para dar paso al nacimiento del contrato en sí mismo.

La aceptación puede tornarse también tácita cuando con actos se da comienzo a la ejecución del contrato que se había ofrecido, o a lo que previamente se había tenido como cierto en los actos preparatorios del contrato o tratos preliminares, este tipo de perfeccionamiento se dará cuando el oferente tenga conocimiento por cualquier medio idóneo de que su destinatario ha comenzado a ejecutar ese contrato que los dos, oferente y destinatario, pretendían naciera a la vida jurídica.

Sin embargo, creemos que si entre el conocimiento de la ejecución por parte del destinatario de la oferta y el acto de conocimiento por parte del primigenio oferente, ha transcurrido un tiempo, la aceptación, mas no el contrato se habrá

perfeccionado desde el comienzo de la ejecución de este por parte del contratante que antes era destinatario de la oferta. Surge la cuestión respecto de si retroactivamente el oferente, ahora contratante enterado, deberá atenerse a lo que previo a su enteramiento se haya ejecutado el mismo contrato; al respecto creemos que sí deberá atenerse a lo que su ahora co-contratante haya realizado; siempre y cuando el destinatario obre de buena fe y de acuerdo a lo pactado y siempre y cuando haya concurrido diligentemente a evitar la propagación no sólo de los perjuicios, sino del riesgo. Esto para terciar en interesantes discusiones arbitrales que se dan en nuestro medio.

Requisitos de la aceptación

Los artículos 850 a 855 del Co.Co. regulan detenidamente lo referente a la aceptación. La propuesta hecha entre presentes, deberá aceptarse o rechazarse en el acto de oírse, y se asimilará a la propuesta entre presentes, la hecha por teléfono. De otro lado, si la propuesta es hecha por escrito, esta deberá aceptarse o rechazarse dentro de los seis días siguiente a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, se sumará a los seis días anteriores el término de la distancia.

Al respecto, esa tipificación legal obedeció a lo imbricado de las comunicaciones, en el momento de expedirse nuestro Código de Comercio, que a su vez se fundamentó en códigos que a pesar de ser modernos, regían en países con problemas de comunicación en el momento de su expedición¹⁵². En virtud de todo lo anterior, para nosotros es claro que el término de la distancia se calculará dentro de la inteligencia, según el medio de comunicación empleado por el proponente para comunicar su propuesta u oferta (art. 852 Co.Co).

Sin embargo, las partes podrán pactar o en la oferta contener términos diferentes de aceptación. Nótese como estas normas no tienen el carácter de normas de orden público, sino meramente supletivas, y por lo mismo, pueden ser reemplazadas por la autonomía privada de los intervinientes en las negociaciones. Así mismo, y en concordancia con lo preceptuado en nuestro ordenamiento civil, se

.....
¹⁵² Así por ejemplo el BGB en Alemania que se expide en el año 1900, en el que la crisis política se veía venir a pasos agigantados o el Código de Derecho Privado Italiano que entra en vigencia en el año de 1942, en plena Segunda Guerra Mundial, en concordancia con ello nuestro país en el año de 1971, tenía no pocos problemas de comunicación terrestre, como bien lo dejan ver claro las actas de la comisión redactora.

•Los contratos•

tiene como posible la aceptación tácita de forma válida. Estará dada esta, cuando por hechos inequívocos se de ejecución al contrato o negocio propuesto, siempre que tales hechos sean debidamente comunicados al proponente o por lo menos él tenga, de alguna forma, conocimiento de ellos; y se dará, entonces, iniciación al contrato (art. 864 Co.Co.).

La aceptación extemporánea o emitida luego del plazo pactado se ve en nuestra legislación como una nueva oferta; pues las modificaciones hechas por el primer destinatario, dentro de su nueva oferta, extinguen la antigua oferta y crean una nueva, en la que ese destinatario se convierte en oferente y el primigenio oferente en destinatario; del mismo modo, la aceptación condicional se ve como una nueva oferta.

La policitación

El artículo 848 del C. Co plantea lo referente a la oferta pública también llamada por alguna parte de la doctrina *policitación*¹⁵³. Como ya lo advierte la norma, esas especies de ofertas, que hagan los comerciantes, serán obligatorias mientras esas mismas mercancías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al anuncio.

Respecto de la policitación es necesario decir que fueron también los romanistas de la época de la codificación francesa quienes se refirieron de nuevo ampliamente al tema y retomaron la figura en sí. En efecto, en la antigua Roma, era una de las dos escasas posibilidades en que se reconoció fuerza vinculante a una declaración de voluntad unilateral. La *pollicitatio* era una promesa hecha a un municipio a causa de un honor recibido o en virtud de una justa causa; junto con el *votum*, que consistía en otra promesa unilateral a favor de una divinidad o dirigida a un fin piadoso. Estas constituían tal vez las dos únicas excepciones a esa generalizada regla que propendía por el concurso de voluntades para que surgieran obligaciones y derechos.

.....
153 El artículo mencionado a su tenor literal:

Art. 848. Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, será obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público, también lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio.

Ese criterio absolutista se mantuvo con más fuerza, ya que esas dos excepciones, (el *votum* y la *pollicitatio*), fueron desapareciendo y ante su ausencia se tuvo una inmejorable base para proponer en las codificaciones, como única fórmula consagrada de crear obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad, el concurso de las mismas. Contrario a la creencia que tenían los doctrinantes de esa época, esa pollicitación no es obligatoria, a menos que, como lo plantea nuestra legalidad ese pollicitante al hacerla, claramente manifieste su voluntad de comprometerse en favor de quien la acepte, o de otro lado, se cree un término o condición para que esa misma oferta pública se extinga.

La simple pollicitación está definida también como la invitación a personas indeterminadas a formular ofertas respecto del negocio de que se trata; por su parte la pollicitación compromisoria es aquella en la cual el pollicitante se obliga de antemano a aceptar la oferta que reúna las condiciones enunciadas, o a obligarse con la primera en formularse y que las reúna.

Podemos enumerarlas así:

1. La propaganda escrita, siempre y cuando reúna los requisitos del Artículo 848 ya transcrito.
2. Las exhibiciones de mercancías.
3. Las licitaciones públicas y privadas.
4. La promesa de premios.

Al respecto cabe anotar que, si al momento de la aceptación se han agotado las mercancías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por una justa causa reconocida obviamente por nuestra legalidad.

En este punto cabe anotar que, disintiendo de las doctrinas dominantes en nuestro país, creemos que si existe una teoría del negocio jurídico en Colombia que permite hablar de declaraciones de voluntad unilaterales dirigidas a lograr el perfeccionamiento o la conclusión de los contratos.

Si bien no es muy sistemática la regulación, pues se ha de estar yendo entre la regulación de la oferta y la aceptación del código de comercio y la del contrato contenida en el código civil, se puede plantear claramente que existe una teoría del contrato que presupone una teoría del negocio jurídico unilateral, como la oferta o la aceptación. Las dos deben ser entendidas y articuladas correctamente, para que los estudiantes puedan tener un mínimo dominio de la complejidad normativa y negocial.

Algunas consideraciones sobre los vicios del consentimiento

Dentro de nuestro estudio vale la pena subrayar la importancia de algunos de los institutos que son trascendentes para entender la dinámica obligatoria actual. Al respecto, el dolo con el que una empresa puede obrar respecto de un consumidor es de vital importancia.

Disuadirlo, obligarlo a contratar. Temor reverencial no basta para viciar el consentimiento (art. 1513), para que el consentimiento se vicie no es necesario que la fuerza sea ejercida por aquel que es el beneficiario (art. 1514).

Dolo

Se encuentra regulado en el *artículo 1515* y puede ser *de una de las partes*. No vicia el consentimiento sino cuando proviene de alguna de las partes y cuando queda absolutamente claro que, sin el dolo no se hubiera contratado. Cuando la contraparte en mala intención lo obliga a contratar en perjuicio de sus beneficios.

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. El dolo se debe probar y se presume en un caso específico (art. 1519). Es importante manifestar que esta norma debe articularse con la ley 1480 de 2011 o estatuto del consumidor.

Clasificación del dolo

El dolo puede ser positivo o por acción, o puede ser negativo por omisión. Existe también un dolo incidental (no mala fe), dirimente (mala fe) o tolerado. Parece importante mencionar que el dolo cometido por una empresa, si tiene una regulación, que es precisamente la que se está comentando y por lo mismo, no le asiste razón a quien afirma que esas situaciones no han sido previstas claramente por el nuevo estatuto. Al respecto, cabe mencionar que la interpretación sistemática del ordenamiento debería permitir al fallador, en este caso a la Superintendencia de Industria y Comercio, acudir a esta normatividad general para complementar la especial que se contiene en el estatuto.

Objeto

Requisitos

Entramos a analizar los requisitos de validez de la prestación. En primer lugar, la prestación debe considerarse como posible, en segundo, esta debe tener el carácter de *lícita*, en tercer lugar, debe ser determinada o determinable y por último debe ser la prestación susceptible de ser evaluada en dinero¹⁵⁴. Es decir, la patrimonialidad de la prestación se hace un requisito indispensable para que esta pueda nacer a la vida jurídica.

Posibilidad

La prestación para que pueda finalmente llevarse a cabo (pues por tal razón es que las partes se obligan) debe ser enteramente posible; posibilidad que se aprecia mejor cuando se demuestra la imposibilidad de los hechos. La imposibilidad puede apreciarse desde dos puntos de vista, el primero de ellos hace caso a las leyes de la naturaleza y, a lo que se nos es imposible dado el orden físico sobre el que el universo descansa, es tal la imposibilidad física, v.gr; establecer como prestación una conducta que ignore las leyes de la gravedad o las restricciones físicas del hombre como pretender volar; el segundo, hace referencia a la imposibilidad jurídica o imposibilidad de derecho, como cuando se pretenden prestaciones que no pueden surtir efectos o ni siquiera nacen a la vida jurídica, por ejemplo la venta en Colombia de armas por parte de un particular, ya que el ordenamiento establece que todas las armas son del Estado, por lo cual, él es el único que potencialmente podría celebrar dicho negocio.

La imposibilidad de la prestación debe ser absoluta, es decir, que no sea posible para persona alguna; tal consideración se apoya en el principio romano *ad impossibilia nemo tene tur*, esto es que a lo imposible nadie está obligado; pues el derecho es ante todo lógico y por tal razón no puede amparar los pactos que contravienen el sentido común. La imposibilidad absoluta también ha sido llamada imposibilidad *objetiva*, puesto que no hace apreciación alguna ya sea en cuanto a las personas o

.....
154 Cabe resaltar que no en todas las ocasiones el avalúo de la prestación se hace propiamente en dinero, este es el caso del daño moral.

•Los contratos•

en cuanto a las condiciones o circunstancias, simplemente es imposible para todo el mundo. Este tipo de imposibilidad se contrapone a la imposibilidad *subjetiva*, que sólo involucra a una persona determinada puesta en condiciones específicas, ejemplo de tal es la insolvencia, ya debido a que al deudor se le hace imposible cancelar la deuda contraída ya a circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevistas que afecten la viabilidad del pacto respectivo. Aun así, reiteramos que sólo tiene cabida desde lo jurídico la imposibilidad absoluta.

Alguna parte de la doctrina ha deslindado la imposibilidad en otras clasificaciones como son, la imposibilidad *originaria o subsiguiente*, la originaria es la misma imposibilidad jurídica o física ya manifiesta en el momento en que se están obligando las partes, la subsiguiente es aquella que surge con posterioridad al nacimiento del vínculo jurídico, como cuando se ha pactado una obligación de género determinado y por causas externas este desaparece, ejemplo tal; la entrega de cien barriles de petróleo del oleoducto x, los cuales debido a la destrucción total del oleoducto por motivos inesperados se hacen imposibles de ser entregados.

La imposibilidad del objeto de la obligación, en sentir de una parte de la inveterada doctrina¹⁵⁵, puede deberse también al acaecimiento de circunstancias que hagan excesivamente onerosa la obligación, ya que se produce una alteración de la situación en que se estaba al momento de realizarse el contrato debido a hechos imprevistos e irresistibles. Y aunque esta tesis ha sido objeto de persistentes críticas, sus defensores encuentran sólidos argumentos en lo que se ha llamado la Teoría de la Imprevisión¹⁵⁶.

La teoría de la imprevisión busca hacer una revisión de las condiciones en que se obligaron las partes, de tal modo que si se presentan circunstancias que trastocan la finalidad para una de ellas, el negocio se dé por no celebrado, o se modifiquen las condiciones en las que fue celebrado, pues actualmente las partes se encuentran en una situación en la que jamás hubiesen contratado o lo habrían hecho de

155 *Ibidem*.

156 Confrontar: Castro Ayala, José. *De la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos de mutuo pactados en UPAC: análisis jurídico de la procedencia de la institución*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005. ISBN: 9588255155.

y; Castro Ayala, José. *Aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves comentarios al caso colombiano*. Universidad Católica de Colombia. 2013 ISBN: 978-958-8465-48-7.

forma distinta y que representa para el cumplimiento de la prestación una carga excesivamente onerosa, siendo esta realmente imposible para la parte obligada.

Aunque son muchos los argumentos que buscan derribar esta manera de considerar la imposibilidad de la prestación, y sin ser objeto del texto, es conveniente citar al menos uno de ellos, siendo fundamental aquel que se justifica en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor se establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales. Siendo así, es factible que pueda considerarse imposible la realización de la prestación según la discrecionalidad que maneje el juez del caso, quien es a quien le compete hacer el análisis sobre el tema.

También se ha planteado la imposibilidad *total o parcial*, según recaiga sobre toda o parte de la prestación. Puede darse imposibilidad parcial en el caso en que una prestación tenga por objeto dos objetos de especie o cuerpo cierto y uno de ellos desaparezca, al ser considerado un objeto de cuerpo cierto como aquel totalmente individualizado de tal modo que no pueda confundirse con los otros de su misma especie y la pérdida del mismo hace imposible el cumplimiento de la prestación. En caso de que la prestación sea de género, en caso de perecer el objeto, la obligación puede cumplirse.

Licitud de la prestación

La prestación debe ser ante todo lícita para que sea capaz de producir efectos jurídicos. Una prestación es ilícita cuando trasgrede las normas jurídicas, la moral y las buenas costumbre. Es así, como estos parámetros determinan la licitud o ilicitud de las acciones humanas y por ende de las prestaciones; cuando una norma jurídica prescribe determinada acción, la ilicitud se presenta de forma clara y precisa. En cuanto a las dos últimas, la doctrina ha pronunciado lo siguiente:

La noción de buenas costumbres se refiere esencialmente a la moral jurídica, es decir, a los principios morales practicados por los ciudadanos que obran con lealtad y honradez. El derecho difiere de la moral, pero ello no indica que se desinterese de la moral media practicada por el pueblo¹⁵⁷.

157 Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. *Op., cit.*, Tomo I.

La ilicitud de la prestación puede deberse a que contienen objeto ilícito, ejemplos de esto son los siguientes artículos, el 1519 del Código Civil define el objeto ilícito como todo aquello que contraviene al derecho público de la nación, es decir, todo aquello que va en contra de la normatividad jurídica. El artículo 1520 establece como objeto ilícito el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva aun con la aceptación de esta última¹⁵⁸, y el artículo 1521, que es el que más ha trabajado la jurisprudencia nacional, establece el objeto ilícito en las enajenaciones de las cosas que se encuentran fuera del comercio, de los derechos o privilegios personalísimos y las cosas que han sido embargadas por decreto judicial.

La prestación también puede considerarse ilícita por el hecho de que la contraprestación de una de las partes es ilícita, o porque contiene una causa ilícita, es decir, el motivo que induce al acto o contrato está en contradicción con la ley, las buenas costumbres y el orden público, como la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral (art. 1524).

Determinación

La prestación debe estar totalmente determinada, de este modo se le impedirá al acreedor exigir caprichosamente o arbitrariamente una prestación cualquiera, excepto cuando se trate de obligaciones facultativas o alternativas, y se evitará que el deudor se libere de la obligación con una prestación irrisoria o ínfima. Si las partes en el momento que el negocio nace a la vida jurídica no determinan la prestación (*ab initio*), pueden al menos establecer las pautas para que la prestación sea determinable (*a posteriori*).

Se considera una prestación determinable cuando las partes han estipulado que la prestación será determinada por la designación que haga de esta un tercero cuya facultad puede otorgársele restringida o ampliamente, también puede darse una determinación *a posteriori* si se establece la prestación con referencia a otro hecho, por ejemplo, la determinación del precio de cien sacos de café dependerá del valor con que cierre la bolsa de una ciudad dentro de quince días.

Puede darse el caso en que una de las partes tenga la facultad de determinar la prestación, siempre y cuando lo haga con base en unas pautas previamente

.....
 158 El Código General del Proceso se estableció la figura de la partición de patrimonio en vida.

establecidas y en razón del equilibrio y la equidad que debe mediar entre el interés del acreedor y el del deudor.

Patrimonialidad de la prestación

La patrimonialidad de la prestación tiene que ver con el hecho de que necesariamente esta sea susceptible de ser evaluada en dinero, este requisito encuentra su fundamento en que de no ser así el acreedor, ante el incumplimiento de su deudor, no podría exigirle su equivalente en dinero o no podría acceder al patrimonio del mismo.

Sin embargo, algunos autores han estimado que no debe la patrimonialidad constituirse como requisito esencial, pues no siempre el interés del acreedor es de índole económico, sino que puede tener un fin extrapatrimonial como beneficiar a un tercero, separándose así del interés de acrecentar su patrimonio. Con relación a este criterio que niega la patrimonialidad de la prestación, la doctrina advierte que debe distinguirse entre el interés del acreedor por la prestación y la prestación misma. Es pues aceptable, que el interés del acreedor por la prestación pueda tener un carácter extrapatrimonial como el hecho de obtener beneficios para otros, no obstante, la prestación misma no puede separarse de su apreciación en dinero por los motivos inicialmente expuestos.

Otra parte de la doctrina considera que la duda quedaría totalmente esclarecida, si se tuviesen en cuenta los momentos que comprende la obligación, es decir, el débito y la *responsabilidad*, ya que el débito puede por lo general carecer de un interés patrimonial, pero en términos de responsabilidad se hace imperativa la apreciación del dinero, ya que si el deudor es responsable debe indemnizar al acreedor, indemnización que sólo puede concebirse en términos económicos, bajo el instituto del subrogado pecuniario, más los demás perjuicios ocasionados a la víctima. La indemnización de perjuicios al tenor del artículo 1613 del Código Civil está comprendida por el daño emergente y el lucro cesante, que se entienden, el primero como la pérdida sufrida y el segundo como la ganancia frustrada, todo como consecuencia del incumplimiento de la obligación (art. 1614 C.C.). Estos dos conceptos obedecen sin excepción alguna a una valoración patrimonial, razón por la cual no puede negarse la patrimonialidad como requisito substancial.

Con relación a este tema, ha llegado inclusive a decir la doctrina, que en el vínculo obligacional no es el deudor como persona quien debe a otra acreedora, sino que es un patrimonio que debe a otro determinado patrimonio; y las personas entre las que parece surgir el vínculo no son más que órganos representantes, subrogables por otros¹⁵⁹. De tal forma que si se falta con la prestación adquirida, quien sufre la carga de la indemnización es el patrimonio del incumplido, no siendo más que un bien económico el objeto de la prestación. Por supuesto no compartimos tales apreciaciones, pues las obligaciones y los derechos se establecen siempre entre sujetos particulares, pero la cita es pertinente para reducir el requisito de la patrimonialidad de la prestación a un elemento puramente descriptivo.

En síntesis, si bien el acreedor puede tener un interés extrapatrimonial en la prestación, la prestación como objeto de la obligación se expresa necesariamente en dinero, ya que este equivalente le permite al acreedor hacer que su prestación sea sustraída del patrimonio del deudor incumplido, así lo establece el artículo 1615 al estipular que se debe la indemnización de perjuicios desde el momento en que el deudor se ha constituido en mora o desde que ha contravenido la obligación de no hacer.

Imposibilidad jurídica: Derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona

Las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. No se puede enajenar la totalidad del patrimonio, es un negocio nulo.

Causa (teoría de la consideración)

Exige la ley, adicionalmente, que todo negocio o contrato tenga una *Causa* (real y lícita), para anotar a renglón seguido que la mera liberalidad es causa suficiente de los contratos. Así, carecen de causa, en los ejemplos más utilizados por la dogmática nacional el *pago de una deuda inexistente, la recompensa por la realización de un crimen*.

.....
159 Polaco, Delladazione in pagamento. Citado por Álvaro Pérez Vives en: *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 1957. P. 6.

La causa es el motivo que induce al acto o contrato que no esté prohibida por la ley, o sea, contraria a las buenas costumbres y al orden público. No es necesario expresarla, la mera liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Causa real verificable judicialmente.

No hay derecho de repetición o restitución, de lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas (art. 1525).

Sanciones al negocio jurídico

Cuando falta algún elemento esencial del contrato: consentimiento, capacidad, objeto, causa o alguna formalidad, surge la impugnación. El juez civil es el que conoce de ella y será declarada, incluso de oficio, cuando se trata de objeto ilícito o causa ilícita, ausencia de formalidades, o incapacidad absoluta. Los demás vicios acarrearán sólo la nulidad relativa y únicamente puede ser declarada a petición de parte y en beneficio de esa misma parte.

La nulidad deberá, cuando es absoluta, ser declarada en el marco de un plenario que exigía incluso otras pretensiones, en referencia al contrato. Así, cuando en un proceso declarativo de resolución de contrato, el demandante haya pedido que se restituyan las cosas al estado anterior a la celebración del mismo contrato incumplido, si el juez advierte una causal de nulidad absoluta, deberá declararla oficiosamente (y deberá hacerlo) a las voces el artículo 1742 del C.C., apartándose de conceder las solicitudes hechas por el demandante.

Los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan o en el evento que se renuncie a la acción de nulidad.

Acción de simulación

Esta acción, que prescribe a los 10 años de haber sido descubierta, puede ser alegada por las partes o terceros relativos que tengan un interés cierto, directo y patrimonial: acreedores, causahabientes, cónyuge, sobre los efectos patrimoniales del negocio ficto. La simulación se derivó del artículo 1766 del Código Civil y comporta no sólo el paradigma de las acciones de impugnación de terceros frente a negocios jurídicos fraudulentos, sino también un principio de libertad probatoria. Fue el gran Luis Muñoz Sabaté quien desarrollo toda la teoría de la Heurística, por

virtud de la cual el juzgador puede llegar a hechos desconocidos, a través de reglas de la experiencia, que concurren en casi todos los actos y negocios simulados.

La simulación se diferencia de la reserva mental, en que la primera es un acuerdo defraudatorio entre dos o más personas, para fingir una negociación que siendo espurea, brinda ventajas patrimoniales a una de ellas o a las dos. Como cuando v y c deciden vender simuladamente un inmueble para distraerlo del patrimonio de v quien tiene una deuda inmensa con A. De manera tal que A no podrá ya perseguir el bien inmueble que ha salido del patrimonio de v, por cuanto de manera ficta y mentirosa ese bien fue puesto a nombre de C, quien estuvo de acuerdo en defraudar de esa manera la confianza de A. La reserva mental por su parte es individual, no requiere de un *concilium fraudis*, sino que se concreta en la divergencia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad real de un particular; y si bien hemos dicho que de acuerdo al artículo 1618 del C.C. debe prevalecer la intención real de los contratantes sobre la literalidad de las palabras, no es menos cierto que en términos objetivos es muy difícil probar la verdadera intención del sujeto equívoco.

Así, la simulación, puede entenderse como un negocio jurídico ficto cuyos efectos jurídicos no son queridos por las partes, existe una divergencia consciente entre la voluntad real y la voluntad declarada.

Por último, cabe anotar que el principio de la relatividad de los contratos, se ha modificado en parte, pues si bien clásicamente comportaba que el contrato sólo afecta a las partes y ellos eran los únicos que podían exigir el cumplimiento o la resolución del mismo, hoy día, por lo menos en materia de consumo, o a través de las acciones populares y de grupo de la ley 472 de 1998 o de las así llamadas *action class*, pueden los jueces interferir en la validez, comprensión, interpretación y ejecución de otros contratos de consumo. Lo propio es autorizado por la ley 1480 que contiene el estatuto del consumidor. Así, un producto que presenta defectos comprobados en juicio, como los frenos defectuosos de algunos vehículos Toyota, pueden dar lugar a que los jueces tomen la iniciativa de investigación y correspondientemente condenar no sólo a indemnizar la totalidad de los perjuicios causados a los consumidores, sino al retiro de los productos defectuosos del mercado y a un compromiso verificable de eliminación de los defectos peligrosos para los particulares, sólo por mencionar un famoso ejemplo en Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica. Algo similar ocurrió con la reposición de minutos

ordenada a todos los usuarios de los sistemas telefónicos celulares en Colombia. Se insiste en la idea: esos mecanismos deberían estar fortalecidos por la comprensión de la autonomía privada, como principio constitucional y por supuesto, como derecho fundamental.