

**DEL PORQUÉ LA SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL Y LA
EFICACIA DEL CONTRATO DEPENDE DE LA ADECUADA
ESTRUCTURACIÓN QUE HACE EL JURISTA DE LOS
CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS**

**“ Reflexiones sobre la formación y celebración de los contratos públicos y
privados a partir de sus elementos y contenido”**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA
UNED**

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

**DOCTORADO EN DERECHO PATRIMONIAL: LA CONTRATACIÓN
CONTEMPORÁNEA.**

**CURSO : LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: ELEMENTOS Y
CONTENIDO.**

CODIGO : 06 02 026

PROFESOR: SALVADOR CARRIÓN OLMOS

Universidad de Valencia

salvador.carrion@uv.es

ESTUDIANTE: INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

Calle 132ª No. 19-64, Interior 1, Apto 302.

Tel: 057-1- 2 16 27 72

Bogotá D.C.

República de Colombia.

inomelendez@gmail.com;

imelende@uniandes.edu.co;

inocenciomelendezjulio@hotmail.com

DEL PORQUÉ LA SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL DEPENDE DE LA ADECUADA ESTRUCTURACIÓN QUE HACE EL JURISTA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

**“ Reflexiones sobre la formación y celebración de los contratos públicos y
privados a partir de sus elementos y contenido”**

Por: Inocencio Meléndez Julio¹
Candidato a Doctor en Derecho de los Contratos.

PRIMERA PARTE:

PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES DE LA CELEBRACIÓN Y FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS EN DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL.

¹Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, Tesis “El ordenamiento Territorial: un nuevo esquema para un Estado moderno y eficiente; Candidato a Doctor en Derecho Patrimonial y de los Contratos, Tesis “Sistemas de gestión para la Financiación, construcción y operación de proyectos de Infraestructuras de Transporte mediante contratos de obra pública y de concesiones viales”, UNED España; Magíster en Derecho con Énfasis en Contratos Estatales, Tesis “Teoría de la falta gravísima y juzgamiento disciplinario de los contratos estatales”, Universidad Nacional de Colombia; MBA en Administración con Énfasis en Gestión Pública, Tesis “Los contratos de concesión en el Sistema Transmilenio: Esquema jurídico y praxis contractual, Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Público, Ciencias y Sociología Políticas de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Gobierno y Control del Distrito Capital, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Administrativo Económico, Universidad de Salamanca; Especialista en Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia. Profesor de Contratos Estatales en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Universidad Colegio Mayor del Rosario; Universidad Javeriana, Universidad de la Sabana; Universidad del Norte, Universidad Autónoma de Colombia, Corporación Universitaria del Caribe-Cecar; Universidad Católica de Colombia. Actualmente Director Técnico Legal del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU. Bogotá D.C. Colombia.

I.- REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE LOS CONTRATOS EN COLOMBIA: UN ESTUDIO DE SUS ANTECEDENTES DESDE EL CODIGO CIVIL Y LA JURISPRUDENCIA.

- 1.1 Los contratos en el Código Civil Colombiano: Antecedentes
 - 1.1.1 La noción de contratos: un instrumento para el tráfico de bienes y servicios
 - 1.1.2 La relaciones contractuales y la protección al patrimonio de los sujetos
- 1.2 La idea de los contratos mercantiles o comerciales en Colombia: un examen de sus fundamentos a partir del Código de Comercio de 1974.
 - 1.2.1 Principales diferencias entre el contrato de derecho civil y comercial desde el Código de Comercio Colombiano.
 - 1.2.2 La Libertad de empresa y la iniciativa privada en las relaciones contractuales: Autonomía de la voluntad y fuerza vinculante de los contratos
- 1.3.1 La clasificación de los contratos y su regulación en los Códigos Civil y Comercial y la Ley de contratación pública.

2 LA FORMACIÓN Y LA FORMA DEL CONTRATO: DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO CIVIL, COMERCIAL Y EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA.

- 2.1 El Principio de libertad de la forma del contrato
 - 2.1.1 El contrato verbal y el contrato escrito
 - 2.1.2 El contrato incardinado en documento privado y en documentos públicos
- 2.2 La formación del contrato en derecho colombiano
 - 2.2.1 El principio de igualdad de las partes en la relación contractual
 - 2.2.1 Las fases de la formación del contrato
 - 2.2.2 El precontrato o la promesa de contrato: un camino hacia un contrato definitivo?.
 - 2.2.3 El contrato de condiciones generales, el contrato de adhesión frente al principio de igualdad de las partes.
- 2.3 Diferencias entre el contrato privado y el contrato estatal en Colombia desde la formación y la forma del mismo

SEGUNDA PARTE:

LOS EFECTOS DE LOS ELEMENTOS Y EL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS EN DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL.

1 LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO EN EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO Y SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS COMERCIALES Y LOS CONTRATOS ESTATALES.

- 1.1 Los elementos o requisitos de los contratos: Los de naturaleza, los accidentales y los esenciales
- 1.2 La capacidad de los sujetos en las relaciones contractuales
- 1.3 La libre formación del consentimiento, los vicios de la voluntad y las prohibiciones de contratar en Colombia.
- 1.4 El objeto del contrato: Licitud e ilicitud.
- 1.5 La causa del contrato: Licitud e ilicitud
- 1.6 Efectos de los elementos del contrato en la eficacia del mismo
- 1.7 Aplicación de los elementos del contrato civil y comercial a los contratos estatales.

2. EL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

- 2.1 El contenido del contrato en Colombia
 - 2.1.1 La autonomía de la voluntad, la autonomía privada y el objeto del contrato
 - 2.1.2 La autonomía de la voluntad en el contrato de derecho privado y su aplicación restrictiva al contrato estatal en Colombia
- 2.2 La condición como contenido del contrato: Noción y sus requisitos
 - 2.2.1 Condición resolutoria, condición suspensiva y condición legal.
- 2.3 El término o plazo: término inicial, término final y término de cumplimiento o término esencial.
- 2.4 El modo en los contratos
- 2.5 Noción y concepto de contratos típicos y atípicos en Colombia y su influencia del Código Civil Español.

TERCERA PARTE:

1. REFLEXIONES SOBRE LAS DIFERENCIAS EXISTENTES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, SUS ELEMENTOS Y CONTENIDO ENTRE EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO Y EL CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO.

- 1.1 La autonomía de la voluntad

- 1.2 La forma del Contrato
 - 1.3 El principio de la igualdad de las partes frente al contrato
 - 1.4 El juez del contrato
 - 1.5 Solución de controversias contractuales
 - 1.6 Régimen de apremio y sancionatorio de los contratos
 - 1.7 El daño, la reparación indemnizatoria y el alcance de la responsabilidad civil contractual.
- Conclusiones
- Bibliografía.

DEL PORQUÉ LA SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL DEPENDI DE LA EFICAZ ESTRUCTURACIÓN QUE HACE EL JURISTA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

**“ Reflexiones sobre la formación y celebración de los contratos públicos y
privados a partir de sus elementos y contenido”**

PRIMERA PARTE:

I. LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO: ANTECEDENTES. EL CONTRATO ES LA PRINCIPAL FUENTE VOLUNTARIA DE LAS OBLIGACIONES.

Es imposible tratar en particular de cada uno de los contratos, pues mientras mas surgen relaciones entre los hombres, mientras mas se diversifican las necesidades, irán surgiendo nuevos contratos. Por eso la materia se estudia, podríamos decir, en dos partes: una general, en que se define que se entiende por contrato, cuales son, en términos generales sus elementos, las diversas divisiones que se han hecho de los mismos; y una especial en que se estudian en particular los contratos mas comunes, los que mas se presentan: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, el mandato, el mutuo, la prenda, la hipoteca, Etc.

Como antecedente mas antiguo de la reglamentación de los contratos en las legislaciones de occidente, encontramos el *nexum romano* (*nexum*: enajenación, venta; del verbo, *nectere*, *nexui*: atar), por el cual quien debía quedaba como encadenado, a disposición del acreedor.

Entre los romanos la plebe prácticamente vivía en la miseria. Como necesitaba dinero para cultivar la tierra lo sacaba prestado a los nobles mediante la operación llamada *nexum*: desde el momento del préstamo el deudor transmitía su persona al acreedor, quedaba atado, por así decirlo; la transmisión efectiva de la persona solo se surtía si el deudor no pagaba al vencimiento del término.

También la llamada *sponsio* (promesa, oferta) que de tener un carácter religioso, promesa hecha a la divinidad, se convirtió la *stipulatio* entre particulares, que era la propuesta que hacía alguien a otro, un contrato formal, verbal. El contrato exigía una pregunta: ¿me darás tal cosa? Y una respuesta: te la daré. La *stipulatio* comprendía tanto la pregunta como la respuesta. Tenemos, así, un acuerdo de voluntades. Ya Ulpiano decía: “*stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente*”. No puede haber estipulación, sin que hable el otro; es decir sin que hablen las dos partes: el que pregunta el que responde, aceptando. Entre los romanos estos contratos eran muy formalistas pues había que utilizar unos términos precisos y la respuesta debía darse a continuación de la pregunta.

En la edad médica el derecho canónico dio el paso definitivo hacia delante, quitó el formalismo romano: enseñó que la sola voluntad de las partes obligaba a los contratantes. “*nudo pacto actio nascitur*”: el acto, la acción nace del nudo pacto, del solo acuerdo. Esta regla, afirmada especialmente por el gran jurista francés del siglo XVII Jean Domat, se plasmó en el artículo 1101 del Código civil francés de 1804, llamado Código de Napoleón.

Nuestro código civil, copiado del chileno y que inicialmente había regido en uno de los estados soberanos de país, fue adoptado como código civil de la nación mediante la ley 57 de 1887 Art. 1. el chileno fue redactado por don Andrés Bello el cual lo tomó y refaccionó del código civil francés ya citado.

1.1.1 LA NOCIÓN DE CONTRATOS UN INSTRUMENTO PARA EL TRÁFICO DE BIENES Y SERVICIOS.

El artículo 1495 del C.C nos da la siguiente definición: “*contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

La norma presenta como sinónimos los términos contrato y convención, cuando en verdad no lo son. Como han sostenido todos los comentaristas la convención es mas amplia, comprende mas actos; es el género, mientras que el contrato es la especie. Todo contrato es una convención pero no a la inversa. Por eso hubiera sido mejor decir que el contrato era una especie de convención o acto, etc; este artículo fue tomado del código civil chileno redactado por don Andrés Bello que lo adoptó del código civil francés de 1804. el artículo que arriba citamos correspondía al 1438 del código civil chileno, donde encontramos las mismas dos palabras como sinónimas. No sabemos de donde saco esto el redactor pues en el correspondiente artículo del citado código civil francés leemos: art. 1101: “el contrato es una convención por la cual una o mas personas se obligan hacia otra u otras mas, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La reglamentación legal de los contratos nació en Roma y fue desarrollándose poco a poco, en la medida que la urbe fue creciendo y las relaciones sociales se hacían mas complejas; a mayor población mayores necesidades. El trabajo fue especializándose, ya unos necesitaban mas de otros, lo que unos producían otros lo requerían y así las relaciones entre los hombres cada día se fueron entrecruzando mas. Estas relaciones sociales se fueron plasmando en las leyes, fueron siendo reglamentadas por ella. En esta forma los contratos se convirtieron en el instrumento mediante el cual se movían entre unos y otros los bienes y servicios.

Estos contratos dan origen a diversas obligaciones: a dar y entonces hallamos un doble objeto: el comerciante daba un producto *verbi gratia*, perfumes o tapices traídos de oriente y el comprador daba otro objeto (trueque, permuta) o unas monedas (compraventa). Se obliga a hacer: el artesano fabrica una mesa, unos asientos por cuenta de quien los necesita y este paga una suma acordada: he ahí un contrato de prestación de servicios, de confección de una obra material y así sucesivamente. El objeto del contrato también puede ser la obligación de no hacer destinada a evitar la competencia, para tener la exclusividad, etc.

En la anterior forma los contratos han servido para dar solidez, estrechar y extender las relaciones entre los hombres.

1.1.2 LAS RELACIONES CONTRACTUALES Y LA PROTECCIÓN AL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO.

Vimos arriba cómo el *nexum* entre los romanos era una forma de hacer que el prestamista tuviera garantizado el pago de la deuda. El prestatario respondía con su propia persona. Entonces, desde el comienzo, los contratos buscan garantizar el cumplimiento de las obligaciones que de él surgen, la protección a los bienes patrimoniales objeto del contrato. Por ejemplo, en la compraventa, al vendedor le importa que el objeto que vende le sea pago, para no disminuir su patrimonio. A su vez al comprador le interesa que el dinero que entrega, parte de su patrimonio, sea compensado, por el objeto adquirido.

Para que esta protección patrimonial sea efectiva los contratos, en términos generales, deben reunir ciertas condiciones y algunos, muy especiales, requieren solemnidades que la ley exige, precisamente para dar seguridad a las convenciones que se hagan. Adelante nos referiremos a los elementos generales de todo contrato y algunos especiales.

Entonces, los contratos son una garantía, una protección de los bienes patrimoniales, o de los servicios prestados.

Existe un principio general: los bienes del deudor, del obligado, salvo unas excepciones que hace la ley, sirven de garantía al acreedor para lograr que el deudor pague y para evitar el detrimento patrimonial del acreedor. Así dice el artículo 2488 del C.C: “toda obligación personal da al acreedor el derecho perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o bienes del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables...”. Acotamos que don Andrés Bello tomó esta disposición y las demás del título sobre prelación de créditos, de leyes chilenas anteriores al código civil de allí. Por consiguiente, este título no fue tomado del Código de Napoleón.

Esta garantía de los bienes del deudor es un considerable progreso. En derecho romano, ya vimos que respondía con la persona misma. Por eso el acreedor podía hacerlo suyo, apropiárselo en pago y si quería, de aprehender él mismo al deudor, esto es tenerlo preso. Después desapareció también la pérdida de la libertad por deudas. Tanto nuestra constitución política anterior como la actual así lo ordenan: “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas” (Art. 28). Cuando el constituyente consideró que era necesario plasmar este mandato era porque existía el peligro de que se volviese a este inhumano proceder.

En todas formas queda claro que los contratos nacieron para dar seguridad, pactos entre los hombres y así garantizar los bienes patrimoniales de los contratantes. Esto da seguridad a las transacciones que se realizan.

1.2.- LA IDEA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES O COMERCIALES EN COLOMBIA: UN EXAMEN DE SUS FUNDAMENTOS A PARTIR DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO DE 1.971

Según el Art. 864 del C. de Co. “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

Esta definición tiene sus antecedentes en el código civil que ha sido como la fuente que ha abrevado a la mayoría de los demás códigos: al comercial, al sustantivo del trabajo, al mismo administrativo. Pero la vieja concepción de un contrato del derecho civil, ha ido evolucionando y separándose de su primitiva fuente buscando ser autónoma. Así, a la contraprestación clásica de los contratos civiles, que se expresa con la expresión latina *do ut des*, te doy una cosa para que me des otra y que opera también en algunos contratos comerciales, cual la compraventa el contrato comercial agrega el llamado negocio jurídico complejo o de colaboración, en el cual los intereses de las partes no están contrapuestos, sino aunados para obtener los mismos objetivos, como en el contrato de sociedad.

En el contrato de contraprestación los intereses de las partes son contrarios. Por ejemplo, en la compraventa, hay dos partes con intereses distintos: el comprador quiere adquirir “bueno, bonito y barato” espera distintos: ojala a crédito fácil, mientras que el vendedor desea enajenar a buen precio y al contado. Sus intereses se concilian –acuerdo de voluntades-, cuando se realiza el contrato. En el negocio jurídico complejo o de colaboración también existen dos partes o más, dos o más voluntades, que ponen de manifiesto su interés para lograr un objetivo, pero no se oponen: el interés del uno no choca, no está contrapuesto al otro. Otra diferencia: cuando se trata de contraprestación, el objeto de la obligación del uno, es la causa de la obligación del otro. Por ejemplo, si el vendedor entrega la cosa vendida –su obligación- el comprador

está obligado a pagarla. En el negocio jurídico de colaboración, las obligaciones de las partes son independientes, el objeto de la una no es el sustento, la causa de la otra. Cada cual debe cumplir su obligación que es independiente de si la otra parte cumple o no.

De lo anterior podemos concluir que la concepción de contrato en derecho civil (Art. 1495) tiene sus diferencias con la concepción del mismo en derecho comercial /Art. 864. del Co), diferencias que influyen en la formación del negocio jurídico, en sus efectos, en su cumplimiento o incumplimiento y en las consecuencias en cualquiera de estos casos.

1.2.1 PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE DERECHO CIVIL Y EL COMERCIAL DESDE EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO.

Algunos contratos son muy similares tanto en materia civil como comercial, por ejemplo la compraventa. Son contratos de contraprestación donde rigen principios parecidos. Pero en la mayoría hay notorias diferencias. Ya acotábamos algunos que volvemos a mencionar. Veamos:

1. En el contrato civil obligatoriamente hay dos partes, integrada cada parte por una o más personas. En el comercial puede haber varias partes, a veces, muchas, como en la sociedad anónima.
2. En los contratos civiles, también en algunos comerciales de contraprestación, los intereses de las partes son opuestos. En la mayoría de comerciales, en los llamados de colaboración, el interés de todas las partes es el mismo, no se opone el del uno al del otro.

3. En los contratos de contraprestación, civiles y comerciales, el objeto de la obligación de una parte, es la causa de la obligación de la otra. El objeto de la obligación del vendedor es la entrega de la cosa vendida; y esta entrega es la causa de la obligación para el comprador de pagar el precio.
4. aquí, si el contrato es nulo para alguna de las partes, *verbi gratia*, por incapacidad de alguno, esa nulidad vicia todo el contrato, es decir, afecta a las dos partes. En los contratos comerciales complejos o de contraprestación, no. Si una causal de nulidad afecta a alguna de las partes, los efectos no se extienden a todos (Art. 903 del C. de Co). Supongamos que en una sociedad uno de los socios resultare ser incapaz; pues este hecho no hace que el contrato de sociedad sea nulo para todos los socios.
5. Es propio de los negocios jurídicos comerciales tener una etapa precontractual que es fuente de obligaciones y que finaliza cuando se perfecciona el contrato. Esto tiene que ver con la llamada OFERTA y la ACEPTACIÓN, de uso muy común en materia comercial. Naturalmente que la oferta, tanto la hecha al público en general como a personas determinadas, y la aceptación por parte de los destinatarios, deben reunir determinados requisitos de los cuales se ocupa el código de comercio (Art. 847 y Ss).
6. En el contrato civil no interesan, no se reglamentan, estas etapas precontractuales. Al contrario, se establece que “la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna” (parte inicial del primer inciso del Art. 1611 del C.C) a continuación de este principio general, reglamenta la promesa de compraventa como una excepción a esta norma general y exige, además de los requisitos de cualquier contrato mencionados en el Art. 1495 código civil, una serie de condiciones: es un contratos solemne, por escrito y que debe reunir las condiciones establecidas en el susodicho Art. 1611, so pena de no causar

obligación alguna. Luego en este caso no se trata de una etapa precontractual, sino de un verdadero contrato, independiente de la compraventa prometida, contrato del cual surgen obligaciones distintas de las que emanarán del negocio prometido, si se realiza.

7. La concepción de contrato en materia comercial y de acuerdo con la definición que trae el código (Art. 864) es mucho más amplia que la que trae el código civil (Art. 1495), por que aquélla de cabida a negocios jurídicos plurilaterales, a que nos hemos referido, con consecuencias distintas de los de contraprestación reglados por el código civil.

1.2.2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA INICIATIVA PRIVADA EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y FUERZA VINCULANTE DE LOS CONTRATOS.

En Colombia, existe la libertad de empresa, enmarcada dentro de los linderos del bien común. Nuestra carta consagra esta libertad junto con la iniciativa privada (art. 333). La empresa tiene una “función social que implica obligaciones” puesto que es la “base del desarrollo”. En efecto de la empresa depende la satisfacción de la mayoría de necesidades de la comunidad donde proviene su bienestar, la creación del empleo, la prestación de servicios, la producción de mercancías, Etc... Ahora bien: la libre empresa tiene su fundamento en la iniciativa propia, estimulada por la propiedad privada. Estos principios: libre empresa e iniciativa privada. Tienen su pleno desarrollo a través de la constitución de contratos civiles y comerciales. Si no hubiera la iniciativa privada, no

existiera la libre empresa, todos los contratos serían estatales y se desarrollarían dentro del ámbito del derecho administrativo.

Los anteriores principios nos llevan a hablar de la autonomía de la voluntad que prima en los contratos.

Los contratos tienen su base en la autonomía de la voluntad. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas, como en los contratos...” dice el Art. 1494 del C. C. La ley comercial se adhiere a este fundamento: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones y negocios mercantiles,” (Art. 822 C. de Co.). No necesitamos, por consiguiente. Hacer referencia aquí, por separado, a las dos clases de contratos, puesto que se rigen por las mismas reglas.

El principio de la autonomía de la voluntad que gobierna los contratos en estas materias primas es muy distinto del que impero en el derecho romano. En los comienzos, en Roma, la voluntas humana era incapaz, en principio, de crear obligaciones por si misma. Era indispensable recurrir a algunos modos y formalidades de fueron siendo establecidos por el derecho civil, Todo lo contrario de lo que sucede entre nosotros, donde la voluntad, por la regla general, es capaz, por si misma, de crear obligaciones, con algunas, muy pocas, excepciones.

Puesto que arriba dijimos que nuestro código civil, y con el nuestro derecho, tiene su fuente en el derecho romano, nos parece interesante dar un vistazo muy somero a la historia para ver como se llego a este principio inverso, totalmente contrario a las disposiciones del viejo derecho romano.

Entre los romanos gobernaba una idea general: la voluntad, por si misma, es una cosa muy abstracta que conlleva la incertidumbre. Por eso no se puede producir efectos si no

esta plasmada en hechos materiales sensibles, el menos que fuera acompañada de actos materiales perceptibles a los sentidos. De este concepto nacieron las tres formas de contrato antiguas: *verbis*, sujetos a una formula sacramental de pregunta y respuesta, el mas frecuente de los cuales era estipulación. *Litteris*, integrados por la inscripción de una formula en el riesgo de *paterfamilias*, y contratos *re*, formados por la entrega de la cosa. Esta vieja forma fue moderándose con el tiempo y alrededor del siglo I antes de cristo, fueron aceptados clases de acuerdos de voluntades, que originaban obligaciones: la venta, la sociedad, el mandato, y el arriendo. Fueron los denominados contratos consensúales, fue la primera aparición del concepto de que el acuerdo de voluntades, libre y sin ninguna clase de formalismos podía crear obligaciones con efectos jurídicos, pero estos contratos fueron la excepción. Hasta aquí llegó el derecho romano.

La teoría francesa encontró aquí la semilla que hizo germinar del desenvolvimiento de los pactos y del rezago de los contratos formales o reales.

La evolución del concepto de la autonomía de la voluntad de las partes tuvo un receso después de las invasiones de los bárbaros, pero luego, alrededor del siglo XIII se reactivo impulsado por tres motores: el avance del comercio, cuya rapidez en las transacciones era contraria a la demora de los formalismos; los principios desarrollados por los juristas costumbristas o prácticos, y el derecho canónico, cuya formula “*nudo pacto actio nascitur*”, se oponía directamente al principio romano “*ex nudo pacto non nascitur actio*”, como lo blanco se opone a lo negro. Desde entonces la idea va cobrando fuerza hasta llegar al siglo XVI, cuando se afianza definitivamente en el derecho francés del concepto para que ahí surjan las obligaciones. Estamos, entonces, frente al contrato consensual, ajeno a todo formalismo.

Acorde con lo dicho, la ley ampara el contrato producto del acuerdo de voluntades. Las partes quedan atadas por el contrato, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalido sino por su consentimiento mutuo

o por causas legales” (art. 1602 del C.C). Este precepto es igual al 1545 del código civil chileno, que tuvo su fuente en el artículo 1134 civil francés (código de Napoleón).

Por consiguiente, un contrato que no adolece de ninguna imperfección legal, es una ley para los contratantes, una ley privada, si así queremos llamarla, la cual prevalece sobre las leyes generales a condición de que no viole disposiciones de orden público. Esa ley debe aplicarla el juez entre las partes, estrictamente como si fuera un precepto legal. Esto obliga al juez a exigir el cumplimiento de las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades aunque se trate de un contrato innominado, aunque no quepa dentro de las clasificaciones legales que determinan los efectos de los contratos, sea en la parte general de los contratos, sea en la especial, son, en teoría, normas interpretativas complementarias de la voluntad de los contratantes.

Es tal la fuerza vinculante del contrato, que no se puede ser destruido sino por el mutuo acuerdo, “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”, o por sentencia judicial. Pero ese nuevo acuerdo o anulación, no tiene efecto retroactivo: lo que nació bajo el acuerdo de voluntades del contrato, tiene vida.

1.3.1.- LA CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS Y SU REGULACION EN LOS CODIGOS CIVIL, COMERCIAL Y LA LEY DE CONTRATACION PÚBLICA.

En la medida en que crece la humanidad y se multiplican las relaciones entre los hombres, cada vez más complejas, aumenta también el número de contratos que se realizan entre los seres humanos. Es, por eso, imposible, encerrar dentro de clasificaciones, todos los contratos.

Además, dada su complejidad, algunas participarán de la condiciones de dos o mas grupos. No obstante lo anterior vamos a tratar de encasillarlos de acuerdo con las clasificaciones que trae la ley. Nuestro código civil habla de las siguientes clases:

A: Unilaterales y bilaterales, según que una sola parte sea la obligada, sin contraprestación de la otra, o que ambas contraigan obligaciones reciprocas. Art. 1496

B: Gratuito u oneroso, según que solo sea en utilidad de una de las partes y el gravamen para la ótra, o que haya utilidad para los dos, con el consiguiente gravamen para cada una de ellas, (art. 1497).

C: Conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a algo que se considere equivalente a la obligación de la otra parte. Y aleatorio cuando la obligación equivalente de una de las partes consiste en una contingencia incierta de ganancia o perdida para la otra parte, (art. 1498).

D: Principal, cuando subsiste por si mismo, sin necesidad de otro, y accesorio cuando tiene por objeto el que se cumpla una obligación de otro contrato llamado principal, (art. 1499).

E: Real, cuando es indispensable la tradición de la cosa para que se perfeccione el contrato; solemne, cuando esta sujeto a la observancia de ciertas formalidades, y consensual cuando basta el mutuo consentimiento para que el contrato exista, (art, 1500).

El código de comercio no hace clasificación alguna de los contratos, por lo cual debemos atenernos a las del código civil que acabamos de mencionar. No obstante lo anterior, al tratar del contrato en general habla de las estipulación de las arras, (art 866). Esto da a entender que las arras caben en todo negocio mercantil, el lo cual se diferencia del derecho civil que solo las consagra para la compraventa “si se vende con arras” dice al art. 1859 del C.C. tendríamos así una división propia del derecho comercial: contrato con arras y sin arras.

El código civil reglamenta los contratos de compraventa y permuta, cesión de derechos, arrendamiento de diversas modalidades, mandato, comodato, mutuo, deposito y secuestro, juego y apuesta. El código de comercio, además de tratar también sobre estos contratos en su campo, contempla algunos que le son propios: el contrato de sociedad, el de suministro, transporte además del terrestre, el náutico y aéreo, el de agencia mercantil, la comisión y la preposición como especies del genero mandato, el corretaje, el contrato de seguro, la cuenta corriente, etc...

En el derecho público, se intento una unificación del régimen de contratos de la administración, contenido en la ley 80 de 1993; sin embargo se dejó en vigor la legislación especial en los sectores de recursos naturales, telecomunicaciones y reglamentaciones independientes (casi 30 contratos distintos pues incluye contratos regulados directamente por la constitución y los de desarrollo legal; no en vano algunos tratadistas dicen que la ley 80 de 1993, es la excepción a la regulación de los contratos.).

Para resumir, voy a concluir la clasificación poniendo los contratos en tres grandes grupos: los de obras, prestación de servicios públicos, concesiones de bienes y servicios y suministros sin embargo dentro del C. C. encontramos mas contratos, que consideramos, entre ellos encontramos:

- Arrendamiento
- Concesión
- De consultoría
- De empréstito
- De fiducia y encargo fiduciario
- De explotación y exploración de recursos naturales.

Cada uno de ellos tiene especificaciones pero daría para un libro entero, hablar de cada una de ellas, por eso me detendré aquí y pasaré al siguiente punto, no sin antes señalar

que profundizaremos mas adelante en los elementos esenciales de los contratos públicos.

2. LA FORMACION Y FORMA DEL CONTRATO: DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO CIVIL, COMERCIAL Y EL CONTRATO ESTATAL.

2.1.- EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LA FORMA DEL CONTRATO.

Existe libertad, conforme al principio de autonomía de las partes para concurrir a la formación del contrato. “No hay términos sacramentales”. Es una consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad. Esto implica la desaparición del formalismo y generalización de los contratos consensuales. “las obligaciones se crean por la sola voluntad de las partes, con independencia de la forma en que se exprese esa voluntad”². En principio basta el acuerdo de voluntades, acuerdo que puede ser un tácito, tanto en materia civil como comercial. Claro: excepción hecha de los contratos solemnes que exigen del lleno de las formalidades prescritas o del contrato real que exige la tradición de las cosa. Lo acordado libremente es ley para las partes (Art. 1602 C.C)

2.1.1.- EL CONTRATO VERBAL Y EL CONTRATO ESCRITO.

El contrato que se perfecciona por mutuo consentimiento de las partes, esto es, el consensual, puede ser verbal o escrito. Tiene validez en cualquier forma. La existencia del contrato puede ser probada por cualquiera de los medios que establece la ley: declaración de parte, juramento, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección

² Hermanos Mazeaud, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, parte segunda, vol. I, Pág. 80 Ed. Jurídicas Europa América, B. Aires, 1978, Traduce. De Luis Alcalá- Zamora y Castillo

judicial, documentos o indicios, (art. 175 del C de P.C). No obstante lo anterior hoy existe la tendencia a poner los contratos por escrito por la facilidad para probarlos: así, si las partes desean guardar una prueba del contrato que han celebrado lo redactaran en un documento. Lo escrito se recuerda. Insistimos: no es por que la ley exija esta formalidad, sino porque es conveniente para la prueba de acto. Ahora, si el contrato fue verbal y hubiere necesidad de demostrar su existencia, habrá que recurrir a los medios que trae la ley y que son varios, según se dijo arriba. Este inconveniente se evita poniendo el contrato en un documento. Entonces, no es necesario, la ley no lo exige, que el contrato conste por escrito, pero si es muy conveniente para facilitar la prueba en caso de ser necesario.

2.1.2.- EL CONTRATO INCARDINADO EN DOCUMENTO PRIVADO Y DOCUMENTO PÚBLICO.

Es público el documento otorgado por un funcionario publico en ejercicio de su cargo y es privado el documento que no reúne los requisitos del público (art. 251 del C de P.C). La principal formalidad del documento privado es la firma del obligado. Par que pueda probar plenamente el contrato en él contenido, debe ser auténtico (art. 252 C de P.C). Entonces, el contrato puede estar contenido en un documento privado o público. En ambos casos es prueba suficiente. Si es solemne, habrá que reunir los requisitos exigidos. El documento privado es muy usado en los negocios mercantiles. Por ejemplo, compraventa comercial casi siempre queda plasmada en una factura o recibo de compra.

2.2. LA FORMACION DEL CONTRATO EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Cual ya dijimos, el derecho colombiano, a ejemplo del francés, exige, para que pueda suscribirse un contrato, la presencia de cuatro elementos: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Estas son las llamadas condiciones de fondo. Esto es valido para todos los contratos: civiles, comerciales, administrativos. Hay para algunos contratos también condiciones de forma. En principio, en Colombia, todos los contratos son consensuales. Pero la ley exige, por excepción, algunas formalidades para la existencia de algunos contratos. Por ejemplo, para la tradición del dominio de inmuebles, es necesario que el contrato conste en escritura pública y que esta sea registrada. Si no se llena este requisito el contrato es nulo, es como si faltara una de las condiciones de fondo que acabamos de mencionar "*forma dat esse rei*", (la forma de la existencia de las cosas), decían los romanos. En comercial se exige la misma formalidad, escritura pública, para la construcción de una sociedad.

2.2.1.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

Las partes en un contrato deben estar en pie de la igualdad, en condiciones semejantes para poder pactar las condiciones del contrato y darse asentimiento. Si no hubiera esta igualdad, estaríamos frente a un vicio del consentimiento o frente a otro contrato, *verbi gratia*, el de adhesión, en que, en cierta forma una parte pone las condiciones y la otra las acepta. Para logra esta exigencia la ley sanciona con nulidad todo contrato celebrado con incapaces y señala las incapacidades (art. 1504 del C.C). La doctrina clásica de los contratos, en cuanto al consenso sobre la oferta y la aceptación, ha sido edificada en el siguiente puesto: dos partes, con capacidad, con conocimientos aparentemente iguales, entran en relación de negocio, debaten con toda libertad y conocimiento de causa y

llegan a un acuerdo. Se supone que antes de lograr el consenso todas las condiciones han sido conocidas, estudiadas, debatidas y aceptadas libremente. Pero la igualdad no es absoluta, sino relativa, si no fuera así el rico no podría celebrar contratos con el pobre, es sabio con el ignorante, el campesino con el de la ciudad, etc. Por eso la igualdad aquí exigida es entre las partes del contrato y con respecto a la libertad en que se hallan para convenir o no convenir, contrata o no hacerlo.

Este pie de igualdad esta en la base de todos los contratos. Mas en los llamados contratos de adhesión este postulado no se cumple.

En derecho público ocurre algo parecido, en la adjudicación de un contrato, el principio citado hace alusión a la objetividad, así reza el Consejo de Estado diciendo “con el principio de igualdad se concreta la idea de que todos los empresarios tienen derecho a la adjudicación de los contratos, administrativos de modo que la selección debe garantizar la adjudicación a la mejor proposición y a su vez promover la más amplia concurrencia de ofertas. Dicha es la verdadera igualdad”. (Sentencia, 19 de julio de 2001. M.P Alíer Hernández.).

Siguiendo con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, los anteriores señalan que el principio en el contrato estatal se divide en igualdad de oportunidades (para todos los participantes) y la igualdad ante las cargas públicas (Art. 31,10 inc. 3, y 106, inc. 2). Dichos principios a mi modo de ver, vienen de la legislación española que “consagra la contribución al sostenimiento de las cargas públicas según su capacidad económica”³

³ González Pérez Jesús “El principio de igualdad en el régimen local” Madrid, 1962 P.242

2.2.2- LAS FASES DE LA FORMACION DEL CONTRATO.

Hemos dicho que la base del contrato es el acuerdo de voluntades. Este acuerdo implica manifestaciones previas: una parte toma la iniciativa, propone a la otra determinando contrato: la otra acepta simplemente o pone inicialmente algunos obstáculos hasta llegar al acuerdo. La primera es una oferta o policitud, la segunda es una aceptación. Y ahí queda concluido el contrato.

En materia civil la promesa de celebrar un contrato no produce efectos sino cuando reúne las formalidades contempladas en el art. 1611. sin embargo la oferta, que es una declaración unilateral de voluntad dirigida por una persona a otra, conlleva obligaciones para el oferente. En materia comercial esta fase del contrato esta reglamentada y es fuente de obligaciones, sea que sea dirigida a una persona determinada, oferta, sea que se dirija a personas indeterminadas, policitud. En materia civil solo se esta reglamentando el contrato solemne de promesa de contrato.

También tiene que ver con esta fase anterior a la formación del contrato. El llamado contrato de opción, materia que se verá en el aparte que sigue.

2.2.3: EL PRECONTRATO O LA PROMESA DE UN CONTRATO: UN CAMINO HACIA UN CONTRATO DEFINITIVO?

La promesa es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto la conclusión posterior de un contrato. Debe distinguirse la promesa de contrato, de la oferta y de la policitud. La promesa es un contrato perfecto en si mismo que supone un acuerdo de voluntades y es fuente de obligaciones. La oferta, la policitud, son actos unilaterales, revocables y que no producen ninguna obligación en materia civil.

No debe confundirse el contrato de promesa con el contrato prometido, del cual aquél es simplemente un acto preparatorio. Del contrato de promesa surge la obligación de celebrar el nuevo contrato. De este, las obligaciones propias del contrato. Por ejemplo, si se celebra la promesa de arrendar una cosa, de este contra surgen las obligaciones propias del contrato de arrendamiento. En suma, el contrato de promesa crea la obligación de hacer, de suscribir otro contrato.

De acuerdo con lo anterior tenemos que la promesa de contrato es un paso firme en la vía hacia un nuevo contrato definitivo, con el cual termina la promesa. Es posible que el contrato prometido no se celebre, pero entonces la parte que incumple deberá soportar las sanciones por el incumplimiento de la promesa.

En derecho público se aplican casi todos los anteriores presupuestos, pues haciendo caso de los principios de transparencia, publicidad y concurrencia, el pre contrato o promesa, es un acto obligatorio. (claro, exceptuando la contratación directa con su debida regulación).

2.2.3 EL CONTRATO DE CONDICIONES GENERALES, EL CONTRATO DE ADHESION FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES.

Hemos visto como las partes en el contrato son iguales, al menos respecto a la autonomía de la voluntad, a la libertad para convenir o no. Si falta ese acuerdo libre de voluntades, no hay contrato. Esta es la teoría clásica, lo sostenido a través de centenares de años. Pero con el transcurso del tiempo, con el desarrollo económico y social, han aparecido casos en que estos principios de la autonomía de la voluntad, de la igualdad de las partes no se aplican a plenitud. Entonces, junto con la teoría tradicional de la oferta de una parte y la aceptación de la otra, ha surgido la teoría de los llamados

contratos de adhesión, nombre propuesto por un tratadista francés a principios del siglo XX y que hizo carrera.

En los contratos de adhesión la situación es bien distinta. Por ejemplo, llego a una empresa de transporte y compro un ticket para que me transporte a otra ciudad. Ahí no tengo alternativa. Debo aceptar las condiciones que trae el boleto; o tomo una póliza para un seguro de vida, o para amparar cualquier riesgo. Acepto aceptar, sin discusión, las condiciones impresas en la póliza, etc. En todos estos casos no hay igualdad entre partes: de una parte la persona puede estar mal informada, ser iletrada, que está ante una necesidad, viajar, tomar un seguro. De otro, una sociedad o un empresario capitalista, poderoso, que disfruta muchas veces del monopolio de una actividad. Aquí no hay debate sobre las condiciones del contrato pues ellas son impuestas de antemano por una de las partes. La otra parte acepta el contrato tal como se lo presentan, muchas veces sin enterarse de las condiciones de él. En vez de una aceptación minuciosamente estudiada, como hemos visto en el contrato clásico, aquí no hay sino una adhesión hecha en un instante, sin lugar a discernir sobre la conveniencia o no de un contrato sobre del cual no se puede discutir y que no se puede conocer en todos sus detalles.

Las obligaciones surgen a cargo del oferente y del adherente, pero no pueden pensarse que nazcan siempre, como en los contratos clásicos, de un acuerdo de voluntades, excepción hecha del punto principal, por ejemplo sobre transportar al pasajero. Aquí lo que hay es la yuxtaposición de dos declaraciones unilaterales de voluntad.

No puede aquí aplicarse la teoría de los contratos porque el de adhesión contiene cláusulas que muy seguramente rechazaría el adherente en una discusión libre.

La solución a esta situación de seguridad de desigualdad del adherente, está en la intervención del estado, señalando las tarifas, por ejemplo, para el transporte, haciendo cumplir condiciones de seguridad, o en los contratos de trabajo de compañías, en la

negociación colectiva de trabajadores que deben adherirse a las condiciones de trabajo de la empresa y que se pone en pie de igualdad si la negociación se hace a través del sindicato que los agrupa. En esta forma se restablece la igualdad entre las partes.

2.3.- DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO PRIVADO Y EL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA DESDE LA FORMACION Y LA FORMA DEL MISMO.

Según hemos dicho el contrato privado requiere, para su validez, al menos cuatro elementos: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. En los contratos estatales estas condiciones, que siguen siendo necesarias, tienen sus modalidades distintas. Tengamos en cuenta que muchas veces aquí las calidades de los contratantes cambian, pues mientras los contratos privados, por regla general, las partes están formadas por personas naturales, aquí al menos una de las partes es persona jurídica de derecho público: el Estado o uno de sus entes. En El Art. 39 del Estatuto general de contratación de la administración pública se señalan algunos requisitos:

- A)** Deben constar por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública (“excepto que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deba cumplir con dicha formalidad.”)
- B)** Las estipulaciones serán de acuerdo a las normas civiles, comerciales y previstas en la ley.
- C)** Habrá perfeccionamiento cuando se logre acuerdo sobre objeto, contraprestación y se eleve por escrito.

La capacidad de la persona jurídica es muy distinta de la capacidad de la persona natural. De ésta se dice que la capacidad es la idoneidad para realizar validamente actos jurídicos, y el principio general es: toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces (art. 1503 del C.C). Como las personas jurídicas solo pueden obrar a través de personas naturales, en la persona estatal esta capacidad se refiere al hecho de que efectivamente quien contrata sea el representante legal de la entidad estatal, que esté en sus funciones que sea la persona designada para tal fin. En este aparte, el derecho público trata con mas cuidado el tema de capacidad, pues aquí juega *la competencia* “como medida de la jurisdicción a nivel procesal para poder actuar y estar más que legitimada en la causa para iniciar el procedimiento de selección de los contratistas”⁴, en el derecho español, se utiliza un criterio similar, se llama “poderes adjudicatorios”, dicha noción precisa los sujetos que tienen poder normativo para adjudicar los contratos. La ausencia de dicho elemento en las dos regulaciones genera nulidad absoluta.

El consentimiento; la persona de derecho público también tiene que darlo a través de una persona natural y entonces, ese consentimiento, además de no estar vaciado, debe tener autorización para contratar. La ley administrativa se sigue rigiendo por el Art. 1502 del C.C. dicha afirmación se confirma en la Sentencia C-178 M.P Antonio Barrera Carbonell que dice: “La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual”.

Se exige también que estos contratos tengan objeto y causa lícitos. Estos elementos se imponen, no es necesario insistir en ellos pues los fines del estado don, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad de todos y garantizar la efectividad de

⁴ Expósito Velez Juan Carlos “La configuración del contrato de la Administración pública en Derecho colombiano y español” U. Externado 2003, P. 273

los derechos consagrados en la constitución, así como asegura el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares (art. 2º de la carta).eso de buscar en los contratos el lucro personal del funcionario, como desafortunadamente sucede con frecuencia, vicia el contrato por ausencia de causa lícita. Si en los contratos privados solo se busca el interés de los contratantes, en los contratos estatales tiene que buscarse el bien común, la prosperidad de todos, no de unos pocos.

Además de las anteriores diferencias, existen unas más notorias que hacen que el contrato estatal difiera mucho del privado, para celebrar un contrato con una entidad pública debe haber asignación presupuestal, previsión que debe certificar el respectivo tesoro. Este es un requisito previo, se pena de incurrir en delito. En algunos debe haber licitación previa o al menos oferta, y todos, por regla general, por escrito y con las formalidades exigidas por la ley.

Para finalizar enumeraré cuatro características básicas de los contratos estatales que lo hacen único, proveniente de la limitada voluntad que puede tener el particular para contratar con la administración:

- A)** Es bilateral, pues existen derechos y obligaciones entre las partes. No se debe confundir con el acto administrativo que lo adjudica, pues siempre será unilateral, el contrato en si produce “efectos jurídicos propios, directos e inmediatos”
- B)** Es conmutativo y oneroso, pues siempre hay derecho y certeza de ganancias.
- C)** Por regla general es de adhesión “la oferta hecha por la administración en un pliego de condiciones, al contener una serie de reglas inmodificables que son las futuras estipulaciones contractuales, hace que el sistema de la contratación pública se considere un contrato de adhesión en cuyas cláusulas consiente el particular contratista en forma simple y pura sin que quepan restricciones o modificaciones por parte de éste” (Sentencia, Consejo de Estado 9 de marzo de 1998, M.P Antonio J. de Irisarri)

D) Es individual, lo anterior se refiere a que recae la voluntad en una persona o grupo de ellas.

SEGUNDA PARTE

2.-LOS EFECTOS DE LOS ELEMENTOS Y EL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL

1.- LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO Y SU APLICACIÓN A LOS CONTRATOS COMERCIALES Y ESTATALES.

Hemos dicho que los cuatro elementos exigidos por la ley civil para los contratos privados, a saber, capacidad, consentimiento no viciado, objeto y causa lícitos de aplican también a los demás contratos: a los comerciantes por disposición y expresa del art.822 del C de Co. Y a los estatales con mayor razón.

1.1.- LOS ELEMENTOS O REQUISITOS DE LOS CONTRATOS: LOS DE NATURALEZA, LOS ACCIDENTALES Y LOS ESENCIALES.

La ley distingue entre los elementos que son de la naturaleza de contrato, los que son de su esencia y los accidentales. Dice el art. 1501: “se distingue en cada contrato la cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales”. A continuación define una de cada estas cosas. Son de la esencia, dice, aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en un contrato distinto. En términos generales podemos decir que son de la esencia de todo contrato las condiciones exigidas en el art. 1502: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Pero el artículo arriba transcrito, se refiere a otras cosas esenciales, propias de cada contrato, *sine qua non*. Por ejemplo: en la compraventa tiene que existir una cosa que se venda y un precio en dinero que se paga. Estos dos requisitos son de la esencia de la compraventa.

Si falta uno de ellos, la compraventa no existe: habrá una donación, si no hay precio, o una permuta si el precio no es en dinero. En los contratos reales es de la esencia de ellos la entrega de la cosa: en el depósito, en el mutuo, en el comodato, en la prenda, no hay contrato si no se entrega el depositario, al mutuuario, al comodatario, al acreedor prendario la cosa objeto del contrato. Si falta alguno de estos requisitos no produce efecto alguno.

Son de naturaleza del contrato las cosas que no siendo esenciales, se subentienden en él, sin necesidad de expresarlas. Estas cosas pueden ser suprimidas o alteradas sin que el contrato pierda sus efectos. Por ejemplo, es de la naturaleza de la compraventa el hecho de que el vendedor responda del saneamiento de la cosa vendida (art. 1893 C.C). Pero las partes no necesitan decir esto en el contrato, pues se entiende incorporada tal obligación, o pueden suprimirla (art. 1909) si que esto afecte el contrato.

Finalmente hay cosas accidentales que no afectan la existencia del contrato por no ser de su esencia, pero que la ley tampoco las suple por no ser de su naturaleza. Tales cosas es necesario expresarlas en el contrato, so pena que no existan. Por ejemplo, en la compraventa, la fecha de pago o de la entrega de las cosas, el lugar de pago, etc., en el arrendamiento, los periodos de pago y si es anticipado o vencido y así muchas otras circunstancias. Los elementos accidentales, pues solo forman parte del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, que los incorporan a él.

1.2 LA CAPACIDAD DE LOS SUJETOS EN LA RELACIONES CONTRACTUALES.

La capacidad es la aptitud para contraer obligaciones en derecho o, como dice la norma, “consiste en poderse obligar por si misma y sin el ministerio o la autorización de otra” persona (Inc 2 art. 1502). La capacidad legal es, pues la norma general, la incapacidad

legal es la excepción. Y se dice legal, por que es la ley la que señala las incapacidades. En efecto, el Art. 1504 habla de que personas son absolutamente incapaces y quienes lo son relativamente, además de algunas incapacidades particulares o prohibiciones.

El artículo comentado incluye dentro de las personas relativamente incapaces a las “personas jurídicas”. Hay que entender esta incapacidad en que no pueden obrar por si mismas sino a través de sus representantes. Para que se obliguen es necesario que su representante legal obre, contrate, el cual debe hacerlo dentro de los límites y con las formalidades que previamente le han sido señaladas. En materia comercial hay cantidad de sociedades y su relativa incapacidad apenas puede referirse al hecho de que solo pueden celebrar los contratados que están dentro de su objeto, el cual consta en la escritura de constitución. En esta forma debe entenderse el precepto del art. 1504, (Inc. 2 del C.C). Lo mismo cabría decir de las personas jurídicas de derecho público: deben obrar a través de su representante, el cual tiene que ceñirse a las facultades que le otorga la ley.

1.3.- LA LIBRE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO, LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD Y LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN COLOMBIA.

El consentimiento se forma por el acuerdo de las voluntades de las partes, sobre un mismo objeto jurídico. Este consentimiento, muchas veces, debe recorrer un buen trecho antes de lograrse.

Cual dijimos arriba, el consentimiento empieza con una oferta dirigida a una persona y la aceptación por parte de esta. Hasta aquí las cosas parecen sencillas. Pero el acuerdo de voluntades requiere de manifestaciones externas. La oferta tiene que ser hecha verbalmente al aceptante por medios electrónicos hoy existentes, por carta, por correo o cualquier otro, del que se deduzca claramente la voluntad de contratar. Además la

oferta tiene que ser hecha en forma espontánea, clara y libre de cualquier artificio a engañar. No es necesario que se la dirija a una persona determinada; puede también serlo al público o a quien interese. La oferta puede contener ciertas restricciones, por ejemplo decir que no se venderá a una sola persona más de tantas unidades, con el fin de lograr que lleguen al mayor número de personas posibles, o que se entregara en tal sitio, etc. En estos casos, el aceptante toma la oferta con dichas restricciones.

Veamos ahora la aceptación. Podemos decir que es una manifestación de voluntad hecha al oferente; pero, ¿de qué hechos resulta? ¿Cuáles son las consecuencias? La aceptación también requiere manifestaciones externas de la voluntad y pueden corresponder a los mismos en que se hizo la oferta: verbalmente, por escrito, a través de la persona que se comisionaron para hacer la oferta o por otra, por medios electrónicos, mediante carta, correo o por cualquier otro conducto. Puede incluso ser tácita: como cuando la oferta se refiere a hacer algo y al aceptante nada dice pero hace lo querido por el oferente, o cuando el patrón ofrece pagar determinado salario y el trabajador no responde pero se presenta a laborar. En todas formas se necesita manifestación por hechos externos. El silencio, por sí solo, no vale como aceptación.

Cuando el contrato se realiza entre personas presentes, no hay problema. En el momento en que el aceptante da su asenso, queda perfeccionado el contrato. El problema se presenta cuando es entre ausentes. Importa saber entonces cuando quedó perfeccionado el contrato, a partir de que momento hubo contrato. Con las consecuencias jurídicas de este hecho. En principio se sostiene que el contrato queda perfeccionado cuando el oferente recibe la aceptación; se presume que el oferente se enteró de la aceptación cuando la recibió. A partir de este momento hay consentimiento y hay contrato.

El acuerdo de voluntades que se concreta en el consentimiento, debe ser libre, espontáneo. Pero muchas veces se presentan obstáculos que afectan ese libre

consentimiento, que vician la voluntad. Para que pueda crear obligaciones, la voluntad debe estar libre de vicios. El código civil menciona tres: error, fuerza y dolo (art. 1508). A estos comentaristas agregan la lesión enorme.

EL ERROR. Podemos afirmar que el error es una discordia entre la voluntad declarada y la voluntad real. Se habla de tres clases de errores:

A) el que impide el acuerdo de voluntades. Es un error tan grave que impide el nacimiento del contrato. Se ha llamado “error independiente” por que impide el mutuo consentimiento. Tal es el caso del error sobre la naturaleza del contrato: si el que acepta una cosa que cree que se le dona y el que la ofrece cree que la vende. Este es el “*error in negotio*”. También el error sobre la identidad del objeto del contrato o “*error in copore*”, por ejemplo cuando el adquiriente cree comprar una vaca y el vendedor cree enajenar un caballo. En estos casos no hay vicio del consentimiento sino verdadera inexistencia del mismo. A esta clase de errores se refiere el art. 1510 del C.C.

B) El error como vicio del consentimiento. Aquí el consentimiento existe, hay acuerdo de voluntades, pero el consentimiento está viciado. Se habla de dos clases: el error sobre la sustancia y el error sobre la persona. Sería ejemplo del primer error el caso del comprador que adquiere de un anticuario un jarrón creyendo que es antiguo y resulta que es la fabricaron reciente. Naturalmente que si el comprador hubiera sabido que no era antiguo, no lo habría comprado. Aquí hay un error en el comprador, sobre la sustancia de la cosa: hay acuerdo sobre la identidad del objeto: un jarrón, pero hay un error sobre la naturaleza, esencial, la antigüedad, pues por eso lo adquirió el comprador. En estos casos hay lugar a la rescisión del contrato. El primer inciso del Art 1511 del C.C habla de este error.

El error sobre la persona se representa cuando una persona cree contratar con alguien determinado y resulta ser otro. En estos casos, dice el Art. 1512, no hay vicio del

consentimiento, a no ser que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato.

El error acerca de otra cualquiera calidad no vicia el consentimiento, sino cuando sea esa calidad es el principal motivo para una de ellas contratar, según el inciso dos del Art. 1511.

LA FUERZA: La violencia vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio,. Teniendo en cuenta su edad, sexo y condición (Art. 1513).

En el error, el consentimiento está viciado porque no se ha conocido causa, aquí porque no ha habido libertad. La violencia tiene que ser en primer lugar, grave, que infunda un temor fundado y presente sobre un bien: la vida propia o ajena, la libertad. Como decían los romanos debe ser “metus atrox”. Por eso, si un contratante teme ofender a sus padres, a su superior, si no contrata, ese solo temor reverencial no basta para viciar el consentimiento (Art. 1513). En segundo lugar, debe ser ilegítima. Si a una persona que no quiere cumplir se le dice que tendrá que pagar la cláusula penal pactada, o los perjuicios causados, esta violencia es legítima, es una fuerza moral válida.

La que si está prohibida en todas sus formas es la violencia física. El acreedor puede usar la fuerza de la ley para hacerse pagar, esta violencia es legítima; pero no puede hacerse justicia por su propia mano para obtener el pago porque sería abuso del derecho.

La violencia puede provenir de la otra parte o de un tercero. Para que la violencia vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella. Basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento (Art. 1514).

Finalmente, la fuerza, la violencia, el medio causado debe ser determinante. Debe ser tan fuerte que sin él no se hubiera realizado el contrato.

DOLO. Nuestro código civil no trae ninguna definición sobre él, aunque en el art. 63 dice que se equipara a la culpa grave. Habla sí de las consecuencias. ¿Qué se entiende por dolo? Podemos definirlo como un ardid, una maniobra fraudulenta proveniente de la otra parte, con el fin de engañar al contratante inocente, de inducirlo al consentimiento. La idea de embuste, de trampa, está en la noción del dolo.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando proviene de la otra parte, la cual debe ser consiente de la mañosa maniobra que está utilizando. Es decir, que el autor debe obrar “a sabiendas”. Además, el dolo debe ser reprehensible. No bastan, simplemente, las exageraciones propias de un buen vendedor, para que pueda hablarse de dolo. Este es llamado “*dolus bonus*”, dolo bueno, que es permitido y que no es dolo habilidad del vendedor. Nadie va hablar mal de la cosa que esta vendiendo.

Para que el dolo vicie el consentimiento, además de lo dicho, es necesario que provenga de la otra parte. Si proviene de un tercero, el dolo apenas dará lugar a accionar contra ese tercero (art. 1515). En eso se distingue de la violencia, que puede provenir del tercero. El dolo, además, debe haber sido determinante, a tal punto que sin el engaño no se hubiera contratado.

Dice, además, la ley civil, que el dolo debe probarse. No se presume sino en los casos previstos por la ley. Esto es consecuente con el art. 769 que dice: “la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presumisión contraria”. Son muy contados los casos en que se presume el dolo o mala fe: cuando el poseedor recibe frutos después de contestada la demanda (Inc. 3 art. 964), cuando un heredero oculta malintencionadamente el testamento (Ord. 5º art. 1025), la violación de prohibición que trae el Art. 1358 para albacea y en el caso del apostador que sabe a ciencia que se realizará el hecho que ya se ha realizado (Art. 2284). En los demás casos debe probarse.

LA LESION ENORME. La rescisión de los contratos por lesión enorme no se admite sino excepcionalmente. Se entiende por lesión enorme el daño que recibe una de las partes en un contrato oneroso, cuando hay desigualdad entre las prestaciones recíprocas de los dos contratantes. Por ejemplo, si se vende un objeto por menos de la mitad del precio, hay lesión para el vendedor y si se vende por más precio del doble la hay para el comprador.

La teoría de la lesión enorme tiene un ámbito restringido. En primer lugar no se aplica a los contratos a título gratuito, ni a los aleatorios. En segundo, respecto a los contratos conmutativos, no pareció bien a los redactores del código de 1804 establecerla como norma general porque esto obstaculiza al rápido desenvolvimiento de los negocios fundamentales sobre la buena fe de los contratantes. Por eso estableció: “la lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos o con relación a ciertas personas”, (Art. 1118 del C civil francés). Este precepto no paso a nuestro código pero sí acepta la rescisión por lesión enorme en algunos casos: en la aceptación de la herencia (Art. 1291), la rescisión de la participación por tal lesión (Art. 1405), el saneamiento por el vicio oculto de (1914) y por el precio de la cosa vendida. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del precio justo de la cosa que vende y el comprador, a su vez, cuando el justo precio de la cosa pasa por inferior a la mitad del precio para pagar por ella (art. 1947).

CONTRATOS PROHIBIDOS: La regla general es la de la libertad de contratar. Todo puede ser objeto de un contrato, excepto lo prohibido por la ley y lo que puede estar en el comercio. Hay dos categorías de cosas que no están en el comercio público- calles, caminos, parques- y los bienes inalienables e inembargables. Tenemos, como

ejemplo de estos últimos, los que tiene gravamen de patrimonio de la familiar inalienable e inembargable, constituido a favor de la madre y los hijos menores. Estos bienes están fuera del comercio.

La ley enuncia una serie de objetos que están fuera del comercio: la posibilidad-la norma habla de derecho, pero en realidad es solo una expectativa- de suceder, por causa de muerte, a una persona viva (Art. 1520). Esto va contra la moral. El Art. 1521 del código, enuncia una serie de bienes que no pueden ser objetos de contratos.

El Ord. 1º habla de los bienes que no están en el comercio. No lo pueden estar los hechos que son física y moralmente imposibles. (Art. 1518 inciso 3). Resucitar a un muerto es físicamente imposible y no puede ser objeto del contrato, como no lo puede ser el de quitar la vida a otro porque es moralmente imposible, va contra la ley, contra la moral, contra las buenas costumbres. Tampoco pueden ser objeto de contrato el espectro electromagnético, ni la fabricación e introducción de armas, municiones de guerra y explosivos, por ser monopolio del estado (Art. 75 y 223 de la carta).

Tampoco ser objeto de contrato (Ord. 2º) los derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona: el derecho de alimentos (Art. 424), los derechos de uso y habitación (Art 878), porque son derechos personalísimos. Digamos, además, que hay derechos inalienables por naturaleza, como el de la vida, el de la honra, la libertad.

Tampoco puede haber contratación sobre las cosas embargadas por decreto judicial, salvo que el juez lo autorice o el acreedor consienta en la venta (Ord. 3º).

El ordinal 4º del susodicho Art 1521 del C.C hablaba de la prohibición de contratar sobre objetos que están en litigio. Este precepto fue derogado expresamente por el art. 698 del C. de P.C En su lugar se dispuso que cuando exista litigio sobre un bien sujeto a registro, se podrá inscribir la demanda, con las siguientes consecuencias: “el registro de

la demanda, no pone los bienes fuera del comercio, pero quien los adquiera con posterioridad está sujeto a los efectos de sentencia” (C. de P.C, Art. 690 Lit. “a”)

1.4 EL OBJETO DEL CONTRATO: LICITUD E ILICITUD.

El objeto está constituido por lo que debe cada parte que se obliga, por su obligación. En realidad debería hablarse del objeto de la obligación, pero como está sugiere contrato, en vez de decir el objeto de la obligación que surge del contrato, se habla del objeto de la obligación, para significar lo mismo. Se comete así la figura literaria llamada elipsis, en virtud de la cual una oración se suprime una o varias palabras, necesarias para la recta construcción gramatical pero para que resulte claro el sentido. Hay un sistema muy práctico para conocer el objeto. Resulta de la respuesta que se dé a esta pregunta ¿Qué se debe?: dar, hacer o no hacer. En la compraventa para el vendedor será el dominio de la cosa vendida, para el comprador dar el precio convenido. Como se ve, el contrato es la fuente de la obligación, o sea que en verdad, el objeto del contrato es la obligación y el objeto de ésta dar, hacer o no hacer, cual dijimos arriba.

Para que el contrato sea valido es indispensable que el objeto de él, la obligación que allí surge, reúna determinadas condiciones. Los tratadistas hablan de cuatro características:

1ra. El objeto debe ser útil para el acreedor. Si el cumplimiento de la obligación por parte del deudor no reporta ninguna utilidad al acreedor, el negocio no es serio y el derecho no tiene por qué ocuparse de esta clase de acuerdos. Pero la utilidad puede ser simplemente moral. Por mucho tiempo se sostuvo que tenía que ser apreciable en dinero, pero esto ya no es cierto. Basta un interés moral.

2da. Debe ser determinado, al menos en cuanto al género y en cuanto a la cantidad, si no es determinada, debe ser determinable (Art.1518)

3ra. Debe ser posible. No se puede obligar a alguien a cosas imposibles, eso es sentido común.

4ta. El objeto tiene que ser lícito. No debe ser prohibido ni por la ley, ni por los principios del orden público, ni por la moral. (Art. 1519 a 1523). No pueden tener por objeto cosas que están fuera del comercio: y si no pueden ser objeto de contratos es porque la ley así lo ha dicho. En consecuencia tenemos que no pueden ser objeto de contrato alguna: la edad y la capacidad de las personas, la cuales están determinadas por ley. Los bienes de dominio público como arriba de dijo, ni las funciones públicas. La venalidad de los funcionarios es, además, delito.

1.5 LA CAUSA DEL CONTRATO: LICITUD E ILICITUD. Hasta aquí hemos visto cómo se forma el contrato y sobre que cosas puede recaer, es decir, ahora vamos a ver cual el motivo que lleva a las partes a contratar.

El concepto de causa de los contratados ha sido y es uno de los temas más controvertidos por la doctrina, a tal punto que han sido divididos en causalidades y anticausalistas. Bonfante llegó a afirmar que este problema “constituye el más discutido e indescifrable de la doctrina moderna del derecho, el campo preferido de las elucubraciones metafísicas y de las psicología jurídica”⁵

Sin entrar en mayores detalles veamos lo que sobre el particular dicen los hermanos Mazeaud:

“hay que distinguir la causa del contrato, que es el móvil que ha determinado al contratante a celebrar la convención, y la causa de la obligación, que es la razón por la cual asume su obligación el contratante. El móvil es individual, concreto; la causa de la obligación es abstracta, siempre idéntica en un mismo tipo de contratos...”

⁵ Citado por Jorge Torres. Código Civil comentado, Ed. Temis; Bogotá, 1957, comentarios al Art. 1524

A- LA CAUSA DE LA OBLIGACION

Para los causalistas, la causa es diferente según las categorías de contratos: en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada una de las partes es la consideración de compromiso adopto por el otro contratante; los contratos reales unilaterales, la causa es la entrega de la cosa; en los contratos a título gratuito, la causa es la integración liberal.

Vivas críticas se han dirigido a la teoría de la causa por los anticausalistas...

Pero la teoría clásica explica desde luego la realidad: el deudor se obliga, ya sea en consideración de una contraprestación, ya sea por una intención liberal.

Por otra parte, esa tesis presenta utilidad al menos para los contratos sinalagmáticos. En efecto, la causa justifica la interdependencia que existe, en el momento de su nacimiento, entre las obligaciones creadas por el contrato sinalagmático...

B- LA CAUSA DEL CONTRATO

Mientras que la noción de causa de la obligación es abstracta y técnica, la de la causa del contrato es concreta y viviente; por que se trata de apreciar el móvil que ha impulsado a las partes a celebrar el contrato.

A fin de limitar la indagación de los móviles, la jurisprudencia no toma en cuenta más que la causa impulsadora y determinante. Por otra parte, se exige, para que el motivo

determine se admita como causa del contrato, que haya sido conocido por la otra parte: esta exigencia no se refiere sino a los contratos a título oneroso.⁶

Podríamos entonces decir que la causa responde al por qué de una obligación, al motivo que tenemos para obligarnos a dar, hacer o no hacer una cosa. Es la respuesta al *¿cur debetur?* De los romanos, ¿Por qué debe? En general, en los contratos bilaterales cada una de las partes tiene como causa la obligación de la otra parte; en los unilaterales, la causa varía: en el comodato la causa de la obligación del comodatario es el préstamo que el comandante la ha hecho. Igual puede decirse en el mutuo. ¿Por qué debe devolver? Porque le han prestado. Lo mismo en el contrato de depósito y en el de prenda. En los a título gratuito, la donación, la causa es la libertad del donante, el “*animus donadi*” la generosidad que busca el bienestar del donatario.

La causa no es una noción inútil; por eso nuestro código en su Art.1524 sostiene: “no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura libertad o beneficencia es causa suficiente”.

De lo anterior se colige que la causa tiene dos características: **1ra:** DEBE EXISTIR. No existe cuando ella falta o cuando es falsa. No existe cuando hay ausencia total de ella. Es falsa cuando es simulada, cuando no es “real”. **2da:** debe ser “lícita”. Pueden presentarse varios casos:

A: Falta de causa. Ante esto habrá inexistencia del contrato. Por ejemplo, si una persona a una la obligan, mediante violencia física o moral, a suscribir un documento en que dice en que debe, sin ser cierto, ahí, además de la violencia, hay falta de causa. O si una persona suscribe en título valor por un dinero que le van a prestar y después de haber suscrito el título, no le entregan el dinero prometido, la obligación que consta en tal título es inexistente por falta de causa.

⁶ Hermanos Mazeaud Op. Cit, parte segunda, Vol. I Pág. 287 y ss.

B: Causa ilícita. Es ilícita “la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (Art. 15245 Inc. 2); las demás son lícitas. Este precepto pone como ejemplote falta de causa la promesa de pago de una deuda que no existe y de causa ilícita, la de dar una recompensa por un crimen. Hay muchas más y los jueces ejercen a diario un control efectivo sobre la moralidad que deben guardar las partes en sus contratos, su pena de nulidad o inexistencia de los actos.

1.6.- EFECTOS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO EN LA EFICACIA DEL MISMO.

Algunas ideas predominan en este campo:

A)La situación jurídica que crea el contrato está determinada esencialmente por la voluntad de las partes. El contrato válidamente celebrado, tiene vida plena y las obligaciones que se él surgen son legalmente exigibles. Produce todos los efectos queridos por las partes y entre ellas.

B)Los efectos del contrato, muchas veces, son relativos, es decir, no producen efecto sino entre las partes. Por eso dice el Código:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” (art. 1602). Así el contrato se convierte en una especie de ley privada que el juez debe aplicar en caso de incumplimiento y que prevalecen sobre la ley general, siempre que lo pactado en el contrato no contravenga las normas del orden público o la moral. Además, agrega el código (art. 1603) entre las partes, “los contratos deben ejecutarse de buenas fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”.

C) Como una excepción a lo dicho en el literal anterior, en ciertas circunstancias el contrato produce efecto frente a terceros: son los casos de contratos a favor de terceros o estipulación a favor de un tercero, a que se refiere el Art. 1506 y la promesa por ótro, complementada en el Art. 1507.

Como colofón de que el contrato es la ley para las partes, sigue el hecho de que el obligado debe responder ante el acreedor por su culpa grave en los contratos que solo benefician al acreedor, por la leve en los que se hacen para beneficio recíproco de las partes y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio: comodato, mutuo.

Cuando no se llenan los requisitos legales para la formación del contrato, éste es nulo sea absoluta, sea relativamente. A los elementos dichos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, deben agregarse, en los contratos solemnes, las formalidades que la ley exige para la validez del contrato, como escritura pública y su registro en la compraventa de inmuebles.

Nuestro código dispone: “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 puede ser absoluta o relativa” (Art. 1740).

Lo primero que debemos decir es que el código habla en el título 20 de “LA NULIDAD Y LA RESECISION”. La voz “nulidad” la reserva para las nulidades absolutas (Inc. 2 Art. 1741) y la voz “rescisión” para las nulidades relativas (Inc. 3 lb).

Para mayor claridad podemos hacer un resumen de la materia así:

Un contrato es VÁLIDO y surte todos los efectos, tiene vida plena y perfecta, es fuente de obligaciones, cuando no hubo vicios en su formación, cuando reúne todos los

elementos que la ley exige y es INEXISTENTE cuando le faltan elementos esenciales para tener vida legal. Un contrato así ni siquiera tiene vida aparente.

El contrato es RESCINDIBLE cuando sufre de un vicio que puede sanearse, es decir de una nulidad relativa y su existencia es imperfecta. Es NULO cuando el vicio es insubsanable, esto es que hay nulidad absoluta y la visa que tiene el contrato es aparente.

En resumen de lo anterior tenemos: contrato que reúne todos los elementos, es la ley para las partes, las obligaciones que surjan de él son exigibles, el deudor responde de su culpa. Si no cumple su obligación en lugar tiempo debidos, se pone en mora, sea por el hecho mismo del incumplimiento, sea previo requerimiento del juez, conculas de cumplir mediante coacción judicial, o de que otra persona lo haga a su costa y de pagar los perjuicios causados (art. 1610).

Contrato que no reúne los elementos exigidos: o no existe, o es nulo, o es anulable y en consecuencia pierde efectividad entre las partes.

1.7. APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO CIVIL Y COMERCIAL A LOS CONTRATOS ESTATALES.

Sin lugar a dudas los elementos de que hemos hablado que se exigen para los contratos civiles y comerciales, se requieren con más veras para estos contratos. Pro el contrato estatal es más exigente. Para comenzar, mientras que en los primeros la regla es la de que basta el mutuo consentimiento de los contratantes para perfeccionar el contrato, en los estatales, todos son solemnes. Exigen la forma escrita, junto a otros requisitos. De modo que aquí no juega, en toda su libertad, la autonomía de la voluntad.

Respecto al objeto lícito, aquí rige en todo su vigor. No solo no debe estar prohibido por la ley sino que debe buscar la realización de los fines del estado, sin buscar el beneficio personal. Cualquier desvío de lo previsto por la ley puede ser, en el menor de los casos, desvío de poder. En los contratos privados es lícito que las partes busquen su utilidad, su propio derecho. En los estatales, respecto a las personas jurídicas del estado, no. Eso podría, además de viciar el contrato, construir delito de peculado.

En cuanto a la causa, naturalmente tiene que existir, en los contratos que celebren los entes estatales, una causa real lícita, como en los contratos privados. Y esa causa, ese motivo que impulsa a negociar, tiene que ser los fines del estado, previstos en la ley. Si hay otro, el contrato puede ser inválido.

Tan escrito es requerimiento de estos elementos, que, es caso de descubrirse alguna anomalía o de que de presente incumplimiento de la contraparte de la entidad estatal contratante, esta puede decretar.

II. EL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

2.1 EL CONTENIDO DEL CONTRATO EN COLOMBIA. En virtud del principio de autonomía de la voluntad existente en Colombia, que hemos visto, por regla general no exigen formalismos. Las formalidades son la excepción. Entonces, todo lícito, lo que no esté prohibido por la ley, por el orden público o por la moral y que sea físicamente posible, puede pactarse. La ley resume esto diciendo que todo se concreta en obligaciones de dar, hacer o no hacer. En estos tres verbos cabe todo el contenido, todo el objeto de cualquier contrato. Naturalmente cada contrato

varía de contenido según su especie, pues allí deben aparecer las obligaciones de cada una de las partes, las obligaciones que caben dentro de cualquiera de los verbos dichos. En todas formas el contenido del contrato es de un ámbito más amplio que el objeto, puesto que contendría de una parte, las facultades, prerrogativas y derechos y de otra, los deberes y obligaciones de cada una de las partes. Podemos decir que el objeto del contrato está dentro del contenido de éste, pero que notado el contenido es el objeto.

2.1.1. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y EL OBJETO DEL CONTRATO.

Las partes pueden pactar lo que quieran: “pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden publico” (Art. 1255 del C.C español), mandato que coincide con el inciso final del art. 1518 del C CX colombiano. Esta autonomía de la voluntad de los particulares no puede pasar por encima de los mandatos legales existentes sobre la materia, sean relativas a todos los contratos en general, sea a determinada especie de contratos. Las partes pueden, como dice la transcrita, establecer los pactos, cláusulas o condiciones que a bien tengan, incluso modificando normal legales, siempre y cuando se mantenga dentro de los parámetros dichos. Entonces, prima la autonomía de la voluntad sobre los mandatos legales cuando dichos mandatos no son imperativos. Ellos tienen, por consiguiente, el carácter de supletorios. Pero, insistimos, el objeto del contrato debe estar enmarcado dentro de la ley, el orden público y la moral.

2.1.2. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO Y SU APLICACIÓN RESTRICTA AL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA.

Ya dijimos cómo el principio de autonomía de la voluntad no rige es su plenitud para los contratos estatales. El funcionario estatal-contratante- no puede salirse de los límites señalados previamente por la ley y en su contrato es obligatorio incluir ciertas cláusulas-garantías de seriedad de oferta, de cumplimiento, de estabilidad de la obra-cláusula de capacidad, prohibición de ceder el contrato, etc. También a la contraparte que contrata con el estado se le exigen a veces requisitos y se le imponen condiciones a las cuales debe someterse, sin poder discutir sobre ellas. De modo que en el contrato estatal, está muy restringido el principio de la autonomía de la voluntad. Tiene más de contrato de adhesión que de contrato autónomo. Podríamos decir que es un híbrido.

2.2 LA CONDICION COMO CONTENIDO DEL CONTRATO. NOCION Y SUS REQUISITOS.

Las obligaciones pueden ser puras y simples o sujetas a plazo o condición. En virtud de la libertad de las partes para contratar, como lo hemos dicho reiteradamente, estas modalidades pueden ser acordadas y formar parte del contenido del contrato. La condición es un suceso “futuro o incierto” (art. 1113 del C.C español) o como más claro dice nuestro código “un acontecimiento futuro que puede suceder o no” (art. 1530), del cual depende la vida del contrato: su nacimiento, si la condición es suspensiva; su finalizaron, si es extintiva. Ese acontecimiento o condición tiene que ser “física y moralmente posible”. Además, no puede ser contraria a las leyes, al orden público, a las buenas costumbres (Art. 1116 CC español, 1532, C C colombiano). La condición no puede depender únicamente de la voluntad de uno

de los contratantes, según la ley española, porque “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256). Las personas son libres de contratar o no y de pactar lo que quieran, pero tiene que respetar el principio según el cual el contrato es ley par las partes y si es ley, se entiende que debe cumplirse.

2.2.1.- CONDICION RESOLUTORIA, CONDICION SUSPENSIVA Y CONDICION LEGAL.

Para que la condición sea válida es necesario que el contrato lo sea. Si el contrato no lo es, pues la condición a él anexa no existe. El efecto de la condición es retardar la eficacia del contrato, suspenderlo hasta cuando se cumpla, o extinguirlo. En el primer caso estamos frente a una condición suspensiva: el contrato no tendrá existencia, no será eficaz mientras el hecho futuro o incierto, no se cumpla. Estará suspendido hasta tanto. Ahora si el hecho futuro del que depende la condición significa la finalización del contrato, estaremos frente a una condición resolutoria.

El suceso de la condición aceptada por las partes significa ya que el contrato cobre eficacia, en el caso de ser suspensiva la condición, ya que deje de tener tal eficacia, si la condición era resolutoria.

Algunos hablan de condición legal para dar a entender que, en algunos casos, la ley subordina futuro la eficacia de un contrato. Por ejemplo, la ley señala que el testamento solo tendrá validez y será irrevocable, cuando muera el testador. Esto, más que condición, es un hecho que va en la esencia del acto de testar. Si lo resuelto por el testador tuviera eficacia antes de hacer muerto, dejaría de ser testamento para convertirse en otro acto.

La condición es pactada por la partes, excepto la condición resolutoria en el caso del Art. 1546 del C. C colombiano para los contratos bilaterales. La llamada condición legal, no. Además, la condición, una vez cumplida, retrotrae el contrato al momento de su celebración, la denominada condición legal, no. Ni el C. C español ni el colombiano se refiera a ella.

2.3.- EL TERMINO O PLAZO: TERMINO INICIAL, TERMINO FINAL Y TERMINO DE CUMPLIMIENTO O TERMINO ESENCIAL.

Término o plazo es la época que se fija para que comiencen o terminen los efectos del contrato o para que se lleve a efecto el cumplimiento de determinada obligación. El término puede consistir en la fijación de una fecha concreta, futura; en el transcurso de un lapso de tiempo determinado, dentro de un mes por ejemplo, o en la fijación de una fecha indeterminada, pero determinable por la referencia que se hace a un suceso futuro y cierto, *verbi gratia*, cuando muera fulano.

El término es un hecho futuro y cierto, mientras que la condición es futura e incierta. El plazo puede ser inicial, cuando a partir del término señalado empiezan los efectos del contrato; o final, cuando a partir del término acordado cesan los efectos.

Se dice que el término de cumplimiento es esencial cuando el cumplimiento de ciertas obligaciones, excluye en absoluto que se pueda cumplir posteriormente. Por ejemplo, se contrata a un músico para celebrar mi próximo cumpleaños. La obligación no puede cumplirse si no en dicha fecha. Se lo llama esencial, no por que sea elemento esencial del contrato, sino por que si no se realiza en ese momento, hay incumplimiento. Ni el código español, ni el colombiano hablan de este término. Su estudio se debe a la doctrina.

2.4. EL MODO EN LOS CONTRATOS.

Ya estudiamos dos elementos accidentales de los contratos: la condición y el plazo. Ahora vamos a ocuparnos del modo. Se entiende por tal gravamen agregado, a veces, a los actos de libertad-donación, testamento- pues no puede pactarse en los contratos a título oneroso. Es una obligación accesoria impuesta al beneficiario de una donación o disposición testamentaria por el donante o testador. El modo es una obligación accesoria al acto de libertad. Por eso, si el modo es imposible física y moralmente, es ineficaz, se tendrá por no escrito. Fuera de esto, el modo es obligatorio para el obligado, quien, si no cumple y en el acto consta la cláusula resolutoria, deberá devolver el objeto de la libertad. El modo no suspende la adquisición de la cosa asignada y si se hace imposible de cumplir sin culpa del asignatario, subsiste el contrato sin el gravamen. En la donación, tanto el donante como sus herederos tendrán derecho. A pedir el cumplimiento del modo, se pena de que lo donado se vuelva al patrimonio del donante.

2.5.- NOCION Y CONCEPTO DE CONTRATOS TIPICOS Y ATIPICOS EN COLOMBIA Y SU INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Se llaman típicos los contratos que están regulados especialmente en la ley, en los códigos o en alguna legislación especial: compraventa, arrendamiento, mandato, mutuo, comodato, Etc... La regulación de estos contratos, en general, es de vieja data. Muchos vienen desde el derecho romano. Las disposiciones sobre ellas casi siempre son dispositivas, es decir, que se aplican sin perjuicio de la voluntad de las partes, la cual tiene en estos contratos el mayor campo de la aplicación. La ley llena los vacíos que por pereza o ignorancia los contratantes dejen en el contrato.

Se le da el nombre de atípico al contrato que no enmarca dentro de una descripción de un típico que trae la ley. Con la expansiones de las relaciones personales y

económicas entre hombres, con el progreso de la vida moderna, hay muchos contratos que no encajan en los de la vida moderna, hay muchos contratos que no encajan en los tradicionales, no obstante reunir las condiciones generales del contrato: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Algunos tratadistas los llaman contratos innominados como oposición a los nominados o típicos.

Para evitar que la malicia humana logre, de pronto transgredir la ley, tanto doctrina como jurisprudencia insisten en la necesidad de que quede clara en estos contratos la causa y el objeto lícitos.

Los particulares tiene amplia facultad de dar rienda suelta a su iniciativa privada siempre que se esté dentro de los límites de la ley: que no esté prohibido. El problema se plantea cuando, con base en un contrato de estos se presenta un litigio; ¿Qué hacer? Varias respuestas se han dado: **1ra.** Tratar de ubicar el contrato en el marco del típico que más se le parezca y aplicar las normas relativas a éste. Es la llamada teoría de la absorción. **2da.** Muchas veces el contrato atípico ha tomado elementos de otros contratos. Por ejemplo, el pasajero que hospeda en un hotel y compra allí su alimentación, celebra un contrato atípico que toma elementos del arrendamiento y de la compraventa. En caso de litigio se aplicarán las normas de los dos contratados, en cuanto le sean aplicables. Es la denominada teoría de la combinación. **3ra.** Si no enmarca dentro de uno de los contratos nominados, habrá que aplicarle al caso de las normas relativas al contrato típico que más se le parezca. Esta es la aplicaron por analogía.

En este campo nuestra jurisprudencia ha tomado de la española las bases para resolver algunos casos difíciles que se presentan cada día con más frecuencia en la resolución de los problemas que suscitan estos contratos. Aplicando cualquiera de las teorías dichas, según la que más convenga en el caso controvertido, se desata la litis.

TERCERA PARTE

1. REFLEXIONES SOBRE LAS DIFERENCIAS EXISTENTES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, SUS ELEMENTOS Y CONTENIDO ENTRE EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO Y EL CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO.

1.1.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Ya arriba dijimos algo en aproximación a esta materia. En el contrato de derecho privado la autonomía de la voluntad es plena, en los contratos estatales, no. La persona jurídica estatal está limitada en su capacidad de contratar por el marco que le señalan la constitución y las leyes, especialmente el presupuesto, que es una verdadera ley, en su órbita: el nacional en la nación, el departamental, en el departamento y el municipal en el municipio. Existe entre nosotros hoy un verdadero código que contiene todas las disposiciones para la contratación estatal. Es la llamada ley de 870 de 1.993 que está próxima a ser reformada pues ya hay proyecto en tal sentido.

Entonces, por el lado del contratante estatal, no hay plena autonomía de la libertad. Por el lado del otro contratante u otros, tampoco, por que muchas veces tiene que adherirse a las condiciones impuestas por el estado, por ejemplo cuando media licitación privada o pública: se somete a los puntos del pliego licitatorio y participa, o no se somete y no participa. No hay derecho a debatir la cláusulas, como en el contrato privado.

1.2: LA FORMA DEL CONTRATO. En esto hay también mucha diferencia entre los contratos que realiza el estado a través de sus funcionarios y los que celebran los

particulares. El contrato entre éstos puede revestir las más variadas formas: verbal o escrito; en documento privado o en escritura pública. Hasta en lenguaje mímico, pues a veces basta un gesto de aprobación o un hecho, para deducir de ahí el consenso. El contrato estatal no: es siempre solemne y público. Requiere que quede constancia escrita sobre el contrato y sobre todas las formalidades de que se rodeó por que está sujeto, en cuanto al gesto, a control posterior. De modo que las ofertas, la llamada al público para que contrate, el llamado a la licitación, los pliegos, la apertura de las ofertas y la adjudicación, todas estas son solemnidades que deben agotarse y cuyo cumplimiento tiene que quedar constancia como parte integrante del contrato. Del mismo modo las pólizas de seguro prestadas por los clientes, todo debe quedar registrado. ¡Cuan lejos, entonces, la sencillez e informalidad de los contratos privados!

1.3.- EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE LAS PARTES FRENTE AL CONTRATO.

Dijimos arriba (V. Num. 2.2.2 de la primera parte) que las partes en un contrato privado deben estar en un pie de igualdad, al menos frente al hecho de la autonomía de la voluntad, de la libertad para contratar, para discutir la cláusulas principales del contrato. Esto no se ve en el contrato estatal. Aquí tenemos a una parte poderosa, el estado, que impone las condiciones y a otra que las acepta o no. Más aún: la misma entidad estatal, a través de quien la presenta, aunque quisiera, no puede ponerse en pie de igualdad con la otra parte por que es la ley o los reglamentos, los que señalan los principios sobre los cuales debe estar basado el contrato. La cuantía asignada para la inversión prevista, la reserva presupuestal que debe existir, todas las solemnidades que deben llenarse, el tener que brindar garantías el contratista, todo esto va contra la igualdad de las partes. En realidad el Estado pone las condiciones, es situación de superioridad, y el contratista las acepta o no. Se asemejan más a un contrato de adhesión.

1.4 EL JUEZ DEL CONTRATO.

En los contratos privados, entre particulares, se siguen las reglas gerenciales consagradas en el código de procedimiento civil (Arts. 13 y Sd). Por lo general, cuando se presenta una controversia por un contrato celebrado entre particulares, es completamente el juez del domicilio del demandado o el de su residencia (art. 23 C de P C). De todos modos, jueces de la jurisdicción civil ordinaria. Si se trata de un negocio comercial, en las grandes ciudades hay jueces civiles de circuito especializados en materia comercial que conocen de las controversias que se presenten con motivo de tales contratos (Dec. N° 2273 de 1989) y donde no hay, acuden a los jueces civiles ordinarios. Como en muchos casos de controversia que surja de tales contratos, las cámaras de comercia están encargadas de esta función: crear centros de arbitraje y conciliación (Dec. 1520 de 1978, Art. 5° Num. 5). Hoy requisito de procedibilidad, en las controversias entre particulares en materia civil o comercial, acudir antes de entablar la demanda, a un centro de conciliación para buscar un acuerdo.

En los contratos en que interviene el estado como una de las partes, todo esto es distinto. La conciliación no es requisito de la procedibilidad. De común acuerdo pueden las partes pedirla dentro del proceso, en cualquier estado o previamente a los legados de la procuraduría. Cuando se presenten controversias entre las partes de un contrato integrad por el estado y particulares según el punto sobre el que verse el desacuerdo, se acudirá al juez administrativo que corresponda al territorio donde se celebró el contrato o al juez civil del circuito del demandado, si el querellante es el ente estatal,, o del demandante, si este es el que acciona contra el

Estado (C.P.C Art. 23, R. 17) Esto en caso de que no se haya pactado el arbitraje, que es muy común incluirlo en el contrato.

1.5.-SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Cuando se presente una controversia sobre un contrato celebrado entre particulares, primero habrá que acudir, cual ya dijimos, a un centro de conciliación, para buscar el acuerdo. Este paso es requisito de procedibilidad, es decir, que no admitirán la demanda si no se prueba que previamente ya se dio ese paso. Si se ha pactado la intervención de árbitros para resolver el conflicto, debe acudirse a ellos antes que ir a la vía judicial ordinaria. Ahora, en caso de tener que acudir a los jueces ha de tenerse en cuenta lo previsto por el Art. 1609 del C.C: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. En consecuencia, si ambas partes están en mora, ninguna puede pedir la ejecución del contrato porque si una parte lo hace la otra se defiende proponiendo la excepción de contrato no cumplido. Para salir de este atolladero la ley presenta dos salidas: primera, cumplir primero y luego pedir al otro que cumpla. Segunda, requerir al otro para que cumpla, haciendo la manifestación que de su parte se allana a cumplir según lo pactado o en el lugar y tiempo que el juez señale. Acorde con la disposición citada, el Art. 489 del C. de P.C. dispone que en la demanda ejecutiva “se podrá pedir que previamente se ordene el requerimiento para constituir en mora al deudor”, esta es la oportunidad para pedir que se requiera y para manifestar el demandante que se allana, por su parte, al cumplimiento de la obligación que debe.

Las controversias que surjan de los contratos entre particulares se resuelven pues, a las buenas, resolviendo el contrato por mutuo consentimiento (Art. 1602 del C.C); acudiendo a la conciliación, en todos los casos o al arbitraje, que se pactó. Finalmente

yendo a la justicia para que dirima el conflicto, pero par esto es necesario que el deudor esté en mora (Art. 1608.id) y no lo está si el que va a demandar no ha cumplido. Luego primero debe cumplir o manifestar que está dispuesto a hacerlo y después exigir el cumplimiento a la contraparte.

Cuando el problema se presenta como consecuencia de un contrato con el Estado, se acude al arbitraje, si está previsto en el contrato, a la conciliación,, si lo piden las partes o a la vía judicial-civil o administrativa según el caso. También podrá el contratante estatal aplicar la cláusula de caducidad, la cual, aunque no se pacte se entiende incorporada en estos contratos, y aplicar las sanciones del caso al contratante incumplido.

1.6.-RÉGIMEN DE APREMIO Y SANCIONATORIO DE LOS CONTRATOS.

¿Qué hacer cuando uno de los contratantes cumple y el otro no? La ley consagra varios medios para apremiar a los morosos (Art. 1610) y otros para sancionarlo, cuando el contrato se ha celebrado entre particulares: 1, pedir que se constriña al deudor APRA que ejecute el hecho, si la obligación es de hacer. El Art. 500 del C. de P.C señala el procedimiento para lograr el cumplimiento de esta clase de obligaciones.

2: que se le autorice al acreedor cumplido ejecutar por un tercero el hecho debido, a costa del deudor moroso. 3: que el moroso indemnice los daños causados con la infracción del contrato.

El acreedor cumplido tiene a su favor, a más de lo dicho, sanciones que consagra la ley en contra del incumplido. Así, si en el contrato se ha pactado cláusula penal, es decir, una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento, el acreedor tendrá derecho a reclamar la pena; dice el Art. 1599: “habrá derecho a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo

pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”. Si el contrato incumplido es de compraventa y se han pactado arras, el acreedor tiene derecho a quedarse con ellas en caso de incumplimiento del deudor (Art. 1859 C.C). Además de todo lo dicho, el incumplido deberá pagar perjuicios, como veremos en el próximo aparte.

En los contratos estatales el ente oficial tiene a su favor varios medios de apremio para obligar al contratista moroso: multas sucesivas, hacer efectivas las pólizas, aplicar la cláusula de caducidad, excluirlo de la lista de contratistas o proveedores, Etc. Naturalmente que en estos contratos el poder del estado es mucho mayor que el del acreedor en los contratos privados. Entre otras cosas porque de por medio están los dineros del erario público y si ha habido defraudación el contratista podría incluso ir a la carce.

1.7.- EL DAÑO, LA REPARACIÓN INDEMNIZATORIA Y EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

Aquí nos referimos únicamente al daño antijurídico que surge del incumplimiento del contrato. La indemnización del daño causado podrá pedirla el acreedor en todo caso de incumplimiento. El deudor sólo se liberará pagando o probando el caso fortuito. La culpa en la mora del deudor se presume a favor del acreedor. De modo que si el deudor alega que empleó toda su diligencia y cuidado y a pesar de eso no pudo cumplir, debe probarlo. Habría entonces una fuerza mayor, un caso fortuito que lo exoneraría. Es lo que establece el Art. 1604 del C.C entonces, el deudor está obligado a cumplir so pena de tener que pagar perjuicios. Pero si su incumplimiento se debe a fuerza mayor o caso fortuito – la ley los identifica-, y prueba ese hecho, quedará liberado. Mas si el incumplimiento se debe a su culpa, la cual, como dijimos, se presume, deberá no solo realizar la cosa debida- si la obligación es de hacer- sino pagar los perjuicios causados por el incumplimiento (Art. 1610).

Si la obligación es de no hacer una cosa y ésta puede destruirse, el deudor es obligado a eso o a que se destruya por un tercero, a su costa y en todo caso deberá pagar perjuicios (Art. 1612).

La indemnización por el daño causado con el incumplimiento comprende el daño emergente y el lucro cesante. El primero es la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de no haberse cumplido perfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. El lucro cesante es la utilidad que el acreedor deja de obtener por los mismos hechos. Esto último generalmente se concreta con el cobro de intereses (Art. 1613 u SS. Ib.).

En los contratos estatales la indemnización, en primer lugar se concreta en la aplicación de multas a favor del contratante estatal, del cobro de las pólizas de garantía y la aplicación de la caducidad. Pero como el incumplimiento puede ser también de la parte estatal, las partes pueden acudir a la justicia para establecer el daño ocasionado por el incumplimiento de cualquiera de las partes, donde se podrá cobrar tanto el daño emergente como el lucro cesante.

CONCLUSIÓN.

La materia que nos ha ocupado, no por conocida, estudiada y tratada durante centenares de años –muchos contratos vienen desde los romanos y muchas discusiones- no ha llegado a encontrar que se diga la última palabra. Mientras haya seres pensantes y negocios entre los hombres, habrá acuerdos, desacuerdos, tesis y antítesis pues es propio de la razón humana buscar y buscar hasta llegar a las últimas causas. En derecho hay mucho que es cambiante con el transcurso de los años y mucho que va quedando como un sedimento: esta es la cultura.

Tenemos que seguir estudiando y pensando en los múltiples problemas que plante la materia estudiada y contribuir a encontrar soluciones.

En todos los campos, civil, comercial, administrativo, la actividad contractual cada días es más extensa, compleja y más interesante para ocupar nuestras mentes.

Las legislaciones de los países más avanzados en el campo jurídico, para nosotros, España, Francia, Italia, Alemania, así como sus jueces y doctrinantes, nos dan lecciones que nosotros, aprendices, debemos ir asimilando y amoldando a nuestro medio. No se trata de copiar y trasplantar, sino de asimilar y acondicionar a nuestras circunstancias de acuerdo con los problemas que nos son propios.

Bibliografía.

Blanquer Uberos. Influencia del Derecho Público sobre el derecho de la contratación., RDN, 1966.

Bonivento Fernández, José Alejandro, De los principales contratos civiles y comerciales, ediciones librería del profesional, tomo II, 2000

Carlos Lasarte, Principios de Derecho Civil III, Contratos, Marcial Pons, Novena Edición, Madrid. 2006.

Díez Picasso. El juego y la apuesta en Derecho Civil. RCDI, 1969, 351.

De los Mozos, J. L. La autonomía privada: Notas para una relectura del título de los contratos del código Civil, Madrid, 1966.

Goma Salcedo. Principales problemas del contrato de renta vitalicia. RDN, 1960, 328.

Lasarte Carlos, Principios de Derecho civil, contratos, 9 edición, marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2006

Morales Moreno. Los principios del derecho Europeo de los contratos, Madrid, 2002.

Núñez Zorrilla, M., El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico, Madrid, 2003.

Ospina Fernández, Guillermo Teoría General del Contrato y del negocio jurídico

Renato Scognamiglio. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. 2006.

Santos Briz, J. La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno, Madrid, 1966.

Santos Briz, J. La fuerza vinculante del contrato, RDO, 1993.

Sentencia de Casación Civil de 5 de septiembre de 1956 Diez Picazo, L.; Roca Trias. E y

Valencia Zea, Arturo. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Contratos. Editorial Temis. 2005. Colombia.

Vargas Vasserot, C. El seguro de la finca hipotecada, Madrid, 2003.

Zurita Martin., I. Contratos vitalicios, Madrid, 2001.

Sentencia de Casación Civil de 8 de mayo de 1979

Sentencia de Casación Civil, 13 de diciembre de 1962, T.C, Págs. 278 y 279

Sentencia. 6 de noviembre de 1957, LXXXVI, 511

Sentencia. 26 de enero 1955, LXXIX, 426

Sentencia. 28 de enero de 1952 LXXI, 43

Sentencia. Cas. 10 de marzo 1942, LIII, 109

Sentencia. 16 de junio 1953, LXXV, 327

Sentencia. 18 de agosto 1961, XCVI, 231

**ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES DE LA
FORMACIÓN Y CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS PUBLICOS
Y PRIVADOS A PARTIR DE SUS ELEMENTOS Y CONTENIDO.**

**“Una reflexión sobre las instituciones transversales aplicables a los
contratos en su formación en derecho colombiano y español”**

INOCENCIO MELENDEZ JULIO
Candidato a Doctor en Derecho de los Contratos
UNED, Madrid- España

Bogotá D.C; Noviembre 23 de 2007