

**REFLEXIONES SOBRE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO
DESDE LA PERSPECTIVA DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO Y
EL APOORTE DEL PROFESOR CARLOS LASARTE AL DESARROLLO
DE LA DOCTRINA PRECONTRACTUAL EN COLOMBIA.**

**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

CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	4
El Contrato desde la Legislación Civil y Comercial y su proceso de formación en Colombia	6
I. LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL.	6
II. LA GÉNESIS CONTRACTUAL PARADIGMÁTICA CLÁSICA.	10
2.1 La oferta contractual.	10
2.2 La aceptación: el valor del silencio.	12
2.3 El perfeccionamiento entre ausentes.	13
2.4 Contratación automática, telemática y electrónica.	14
2.5 Contratación entre ausentes y ventas a distancia.	17
2.6 Los tratos preliminares. La responsabilidad precontractual.	18
III. EL PRECONTRATO COMO CATEGORÍA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO.	20
3.1 Precontrato o promesa de venta.	20
3.2 El contrato de opción.	22
IV. LA CRISIS DEL ESQUEMA CODIFICADO. SUPUESTOS VARIOS.	23
V. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.	25
5.1 Condiciones Generales del Contrato.	25
5.2 Eficacia obligatoria de los Contratos de Adhesión.	26
VI. ACCIONES COLECTIVAS.	27
6.1 Los Contratos Forzosos.	28

6.2 Los Contratos Normados o Contratos Tipo.	28
CONCLUSIONES.	30
BIBLIOGRAFÍA.	33

INTRODUCCIÓN

El contrato como fuente de las obligaciones, existe desde que las personas manifiestan y exteriorizan su consentimiento para obligarse con otras a dar, hacer o no hacer en una relación obligacional en que las partes adquieren derechos contra obligación. De las primeras cosas que se aprenden y nunca se olvidan en los albores de la formación del Derecho, es que al ejercicio de derechos por parte de sus titulares, corresponde el cumplimiento de deberes u obligaciones que surgen en virtud del mismo.

Atendiendo los aportes que hace el Profesor Carlos Lasarte, “El contrato, por ende, es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto de las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización de su promesa por el mero hecho de haberse comprometido a ello, es decir, por haber prestado su consentimiento”¹.

Pero el mundo en sus relaciones civiles, comerciales, políticas, culturales y sociales ha evolucionado de tal forma, que el espectro de la globalización con el desarrollo de la ciencia, la tecnología, la informática y las comunicaciones ha tocado las más clásicas teorías civilistas tradicionales del contrato. En Colombia, particularmente, como se puede apreciar en materia contractual el Derecho Comercial también recoge o remite a normas y procedimientos del Derecho Civil, que se han visto transformadas con el moderno Derecho Informático, Electrónico y de Comunicaciones.

¹ LASARTE, Carlos, Contratos, Principios de Derecho Civil, Tomo III, Novena Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006, p.5.

En ese interesante espacio de lo tradicional a lo contemporáneo se desarrolla este trabajo, que tan sólo es una apretada síntesis de varias ideas que se siguen a partir de la doctrina de varios autores iberoamericanos, particularmente del Profesor Lasarte y de las normas que en material pre y contractual prevé la legislación civil y comercial.

EL CONTRATO DESDE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL Y SU PROCESO DE FORMACIÓN PRECONTRACTUAL

El principio rector que señala que el origen de todo contrato se da a partir de la expresión de la voluntad de las partes, es común a la legislación española y colombiana. Pero, el asunto no es tan sencillo, ni tan simple. Clásicos doctrinantes civilistas colombianos reconocidos, como el Profesor Arturo Valencia Zea², expresó que el contrato es un hecho jurídico complejo como quiera que exige varios supuestos. En primer lugar, están dos partes contratantes y sus respectivas declaraciones de voluntad en cuanto a el contenido u objeto del contrato; en segundo lugar, muchos contratos requieren que esas declaraciones sean escritas de determinada forma, es decir observando ciertas solemnidades o formalidades y en tercer lugar, hay contratos que requieren para su perfeccionamiento la intervención de un tercero o de una autoridad judicial. Pero, también hay contratos que se forman en un sólo instante, como la compra de un artículo, o mercancía, y otros que requieren un proceso de formación.

Empezaré, por indicar, que desde la perspectiva, del Derecho Español, el Profesor Carlos Lasarte³, en **primer lugar**, ha sostenido, que nadie es mejor para atender sus asuntos que el propio individuo y que aún sin que la legislación civil lo disponga, se entiende que hay **igualdad de las partes contratantes**, en el proceso de formación del contrato y similar capacidad económica para obligarse patrimonialmente desde el punto de vista contractual, lo

² VALENCIA, Zea Arturo y ORTIZ Monsalve Álvaro, Derecho Civil: De las Obligaciones, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2004, p.101.

³ LASARTE, Carlos, op.cit. p.71.

cual, implicaría que no es necesaria la intervención de terceros para procurar la satisfacción de intereses de quienes se obligan contractualmente.

Sin embargo, la igualdad no pasa de ser formal, como quiera que en el devenir histórico, se observa, como usualmente quien impone las condiciones en la formación del contrato, es aquella parte económicamente fuerte, lo cual significa, que ese acuerdo de voluntades no es una regla absoluta en el ámbito contractual.

En ese sentido, señala el Profesor Lasarte:

Siendo cierto que, en algunas esferas, la negociación contractual se produce como tal, no es lo menos que, en otras (transporte público, suministros de agua, gas, electricidad, teléfono, etc.; condiciones de las operaciones bancarias), el particular, la persona de la calle, se ve obligado a contratar ciertos bienes y servicios en condiciones que le son impuestas por los agentes económicos más poderosos.⁴

Pero además, la preservación del estricto espacio privado para contratar cambió, para dar paso a la intervención estatal, y los particulares en el sentido de lo individual han cedido terreno a la organización de grupos en defensa de sus intereses, por ejemplo, las famosas ligas de defensores de los consumidores y usuarios, que se organizan en la “búsqueda –entre otras cosas- de una legislación superadora del esquema codificado que proteja sus intereses frente a las grandes compañías y a los suministradores profesionales de bienes y servicios”.⁵ En

⁴ LASARTE, Carlos, ob.cit. p.72.

⁵ LASARTE, Carlos, ob.cit. p.72.

Colombia, por ejemplo, hay un amplio movimiento de protección a los consumidores y usuarios, que ha logrado la expedición de normas de garantía de sus derechos, desde los artículos 78 y 365 de la Constitución Política, en el marco de los derechos colectivos y del ambiente, hasta amplia legislación, como las leyes 73 de 1981; 142 de 1994; 472 de 1998; 689 de 2001; 812 de 2003 y 1086 de 2006, así como en los Decretos No.1441 de 1982 y 3466 del mismo año.

Ahora bien, son las normas civiles las que se encargan en el más clásico de los sentidos, de indicar las regulaciones relativas a la formación de los contratos, así por ejemplo el Código Civil Colombiano que data de 1887 y que tiene importante influencia del Código Napoleónico, señala, en su artículo 1495:

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Por su parte, el artículo 864 del Código del Comercio Colombiano, estipula:

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.

Y en el artículo 1502 del Estatuto Civil Colombiano, se lee:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Sobre los requisitos contractuales también se pronuncia el Código del Comercio Colombiano, cuando en su artículo 822 señala que *“los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”*.

El Profesor Luís Díez-Picazo⁶, catedrático de Derecho Civil en España, también nos ilustra, de manera sencilla, sobre las fases de la vida del contrato, indicando que desde la doctrina tradicional se distinguen tres (3) fases o momentos principales que son: la generación del contrato, el perfeccionamiento y su ejecución. En la fase de generación se surte el proceso interno de formación del contrato, se trata entonces, de un proceso preparatorio, a partir del cual, se dan una serie de actos, entre los cuales, se destaca el consentimiento contractual, para

⁶ Díez-PICAZO, Luís, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I: Introducción a la Teoría del Contrato, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p.267 y 268.

pasar al perfeccionamiento, en el que se encuentra la expresión de la voluntad de las partes y nace a la vida jurídica el contrato como tal y por último la ejecución o consumación, comprende el período de cumplimiento contractual o realización de las prestaciones derivadas de contrato.

Ahora bien, en **segundo lugar** y desde el análisis que centra este trabajo, el Profesor Lasarte, nos enseña sobre el proceso de formación del contrato, a partir de varios momentos, que en conjunto denomina *“la génesis paradigmática clásica”*, y que desarrolla, así:

2.1 La *oferta contractual*, en ese marco, aparece el *“contrato personalizado”*, esto es, que ambas partes, tras los acuerdos preliminares o iniciales, determinan lo fundamental de la celebración del contrato.

En ese sentido, la manifestación del consentimiento, resulta un punto central, y la oferta y la aceptación son criterios fundamentales del acuerdo que sellan las partes, con el perfeccionamiento del contrato. Esto, significa que las partes se obligan a determinados tipos de obligación o prestación en un lapso de tiempo o lo que comúnmente se conoce como plazo. Al respecto el Profesor Lasarte, señala:

En términos generales, la oferta contractual es una declaración de voluntad emitida con la intención de celebrar un contrato y que, por ende, ha de contener todos los elementos

necesarios para que con la mera aceptación de la otra parte se pueda decir que el contrato ha quedado perfecto, en el sentido de perfeccionado.⁷

Esta tesis, es muy importante, en materia de seguridad jurídica para las partes y de protección a su patrimonio o al derecho y prestación a las que se obliga una y otra parte.

Hay entonces, diversas formas contractuales, por ejemplo el contrato de compraventa, que en Colombia, regula el Código Civil en su artículo 1849 y que se entiende como una *oferta al público*, se determina por ser un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagar un precio en dinero por ello. Distinto a este tipo de contrato, es el contrato de seguros, regulado en el artículo 1036 del Código del Comercio de Colombia, el cual se caracteriza porque lo que se *invita es a contratar*. También hay que anotar, que el Código del Comercio de Colombia, en su artículo 905 define el contrato de compraventa, como aquel en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero.

En materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 2 de septiembre de 1970, reiteró que “la obligación de dar contiene la de entregar pero no se confunde con ella (artículo 1605 del Código Civil⁸); cierto es que el vendedor 1880 del mencionado Código, al señalar las obligaciones del vendedor, no habla de dar sino de la obligación de entregar, pero cierto es también que la citada disposición es clara en el sentido de expresar que el vendedor debe hacer la tradición de

⁷ LASARTE, Carlos, op.cit. p.73.

⁸ Artículo 1605 del C.C. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

la cosa vendida conforme a las reglas contenidas en el artículo 740 y siguientes del Código Civil⁹”.

En síntesis, señala el Profesor Lasarte:

En definitiva, la oferta contractual, para ser realmente tal, requiere que se mantenga en sus condiciones iniciales en espera de la aceptación de la contraparte. Si se modifican las condiciones de la oferta por el eventual aceptante, se esta realizando una nueva oferta o *contraoferta*, que, ahora, habrá de ser objeto de aceptación por quien inicialmente asumía la posición de oferente.¹⁰

Nuevamente ofrece seguridad jurídica esta tesis, como quiere que se predica respeto por las condiciones iniciales, que no se deben modificar, sin que la parte, exprese su aceptación, si el posible aceptante cambia esas condiciones, corresponde entonces a quien fuere oferente, la aceptación o no de esa modificación o cambio, en el contexto de lo que sería una especie de nueva oferta.

2.2 La ***aceptación: el valor del silencio***, significa a juicio del Profesor Lasarte, la expresión de la voluntad dirigida al oferente que puede darse de forma expresa o tácita (valor del silencio, lo cual no significa necesariamente aceptación) o a partir de hechos que no dejen duda acerca de la aceptación de las condiciones contractuales que se ofrecen.

⁹ Artículo 740 del C.C. “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

¹⁰ LASARTE, Carlos, op.cit. p.74.

En el caso colombiano, el Código del Comercio, en su artículo 854 hace referencia a la aceptación tácita en la propuesta, así: “La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”.

2.3 El **perfeccionamiento entre ausentes** desde la legislación Civil y Comercial. El problema más común que se identifica aquí, es el del perfeccionamiento contractual entre oferente y aceptante. Al respecto, el Profesor Lasarte¹¹, expone varias teorías que la doctrina y los sistemas jurídicos han desarrollado para responder a partir de cuándo se entiende celebrado el contrato. Estas son:

- a) **Teoría de la emisión.** Expresado y exteriorizado el consentimiento por las partes contratantes, desde el mismo momento de declaración de la voluntad por parte del aceptante, se entiende perfeccionado el contrato.
- b) **Teoría de la expedición o remisión.** Es suficiente que el aceptante remita al oferente la declaración de voluntad para éste quede obligado contractualmente.
- c) **Teoría de la recepción.** Ante lo complejo de las dos anteriores teorías, esta última exige que la aceptación llegue al espacio de la actividad del oferente. Este criterio, sin

¹¹ LASARTE, Carlos, op.cit. p.76.

duda, se impone respecto de la perfección del contrato, triunfando la tesis del derecho privado en este ámbito.

2.4 Contratación automática, telemática y electrónica, en España está regulada por la ley 34 de 2002, en Colombia se reglamenta a partir de la ley 527 de 1999, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, norma cuya constitucionalidad ha sido revisada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662 del año 2000. Al respecto, la Corte Constitucional, entre otras cosas, señaló:

Es bien sabido que los progresos e innovaciones tecnológicas logrados principalmente durante las dos últimas décadas del siglo XX, en el campo de la tecnología de los ordenadores, telecomunicaciones y de los programas informáticos, revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación de información como el correo electrónico, y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico.¹²

Y al hacer referencia la Corte Constitucional a la necesidad de actualizar los regímenes jurídicos, para otorgar fundamento jurídico al intercambio electrónico de datos, consideró:

Desde luego, este cambio tecnológico ha planteado retos de actualización a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales, de modo que puedan eficazmente responder a las

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-622 de 2000, MP Dr. Fabio Morón Díaz, p. 1.

exigencias planteadas por la creciente globalización de los asuntos pues, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal”.

Esa es la tarea, que en parte viene desarrollando el poder legislativo, con miras a expedir una legislación altamente técnica y especializada que regule la materia, observando eso sí, reglas generales de la contratación regladas desde la legislación civil y comercial.

Y sin duda, el aporte del Profesor Lasarte, al desarrollo de la doctrina colombiana en estos temas, va con toda propiedad a reiterar, que los medios técnicos modernos de comunicación y de comercio, junto con el principio de protección al consumidor, ha hecho que se revise los criterios de resolución de conflictos, en la llamada “contratación entre ausentes”.

La ley 34 al regular la contratación por vía electrónica, deja intactas las normas del Código Civil Español, relativas al consentimiento, objeto y causa que dan vida al contrato. La contratación electrónica, sin la menor duda, en el mundo es una materia nueva para el Derecho, exigiendo en todo caso para este tipo de contratación que se observen reglas generales de contratación, tales como el consentimiento y las demás exigencias legales para su validez y que además de regirse estos contratos por la legislación civil y comercial también se expiden leyes especiales para su regulación, dado el alcance y el grado de masificación que alcance este tipo contractual.

Pero además, en relación con la contratación electrónica, el Profesor Juan Farina¹³ al referirse a la legislación Argentina, señala que se está asistiendo al desarrollo del “comercio sin papel” como ha dado en llamarse la contratación por medios electrónicos, lo cual constituye una realidad económica sin retorno, no obstante lo cual, la mayor dificultad de este tipo de relación contractual se encuentra en su valor probatorio, que no ha sido objeto aún del desarrollo de una legislación uniforme, como punto de referencia que permita a las partes saber, en justa medida, a qué atenerse, dado que la prueba se dirige a establecer los medios para demostrar la existencia del contrato, a partir del contraste entre lo oral y lo escrito, donde surgen diferencias entre las partes, que la legislación debe proteger en cuanto a los intereses de una y otra parte.

El problema central, está en la certeza que ofrece el documento electrónico y las obligaciones que de él se derivan, desde el punto de vista contractual. La discusión, esta lejos de terminar y la legislación al respecto, parece no ofrecer aún respuestas del todo satisfactorias. Sobre este tópico, Aníbal Sierralta Ríos¹⁴, doctrinante Peruano, apunta, que en lo práctico de manera frecuente, la regulación no es suficiente, ya que las personas destinatarias de las regulaciones sobre el tema deben conocer los límites y capacidades de las tecnologías informáticas para lograr una adecuada valoración y comprensión de los documentos electrónicos. De igual forma, es necesario contar con la infraestructura física de medios como computadores que permitan recibir las pruebas que consten en documentos electrónicos, lo cual efectivamente, no está al alcance de todos los que intervienen en este tipo de relación contractual/comercial.

¹³ FARINA, Juan M., Contratos Comerciales Modernos, Modalidades de Contratación Empresarial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p.110.

¹⁴ SIERRALTA Ríos, Aníbal, Negociación y Contratación Internacional (Teoría y Casos), Editorial legis, Perú, año 2007, p.587.

Ahora bien, en el caso Colombiano, el Profesor Erick Rincón Cárdenas¹⁵, al hacer referencia a la regulación de la contratación electrónica, ha señalado, entre otras cosas, que este tipo de contratación en Colombia, no cuenta con un régimen jurídico suficiente y amplio para resolver controversias, a pesar de contar con la ley 527 de 1999, indicando que en la actualidad se parte del principio de inalterabilidad del derecho preexistente, entendiendo que éste prevé todas las situaciones posibles susceptibles de regulación en la contratación por medios electrónicos. Sin embargo, en la realidad lo que surge, son excepciones, a esta que parece una regla general, debilitándose tal tesis, frente a la novedad del “acuse de recibo”, es decir, la confirmación de recibo de la información, como mecanismo de seguridad de la relación contractual que se establece entre las partes. El debate apenas comienza.

2.5 Este quinto momento tiene que ver con la **Contratación entre ausentes y ventas a distancia**, que se regulan en el Derecho Español, en los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código del Comercio. La doctrina italiana, señala al respecto, que “para todos los efectos, el contrato ha de entenderse existente a partir de la llegada de la aceptación del destinatario (o, eventualmente de su conocimiento efectivo por éste), que, por lo demás, es un acontecimiento susceptible de fácil determinación por el aspecto del tiempo”.¹⁶

En esta materia, la legislación española, en desarrollo de la ley 47 de 2002, considera las ventas a distancia, como aquellas que se celebran sin la presencia física simultánea de vendedor y comprador, siempre que su oferta y aceptación se den exclusivamente a través de una técnica

¹⁵ RINCÓN Cárdenas, Erick, Los Contratos en el Derecho Privado: Regulación de la Contratación Electrónica, Editorial Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, año 2007, p.861.

¹⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato, Teoría General del Contrato, Traducción Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, marzo de 2006, p.108.

de comunicación y sistema de contratación a distancia y organizado por el vendedor, señala el Profesor Lasarte.¹⁷ Esto significa, que la contratación se da entre ausentes y la venta, por ende, surge a distancia, con ello, se reitera se estarían cumpliendo los requisitos esenciales de la contratación desde el derecho privado, civil y comercial, pero a ello se suman normas complementarias de protección al consumidor.

En el Derecho Colombiano, el Código del Comercio, en su artículo 850 hace referencia a la oferta verbal o telefónica, respecto de esta última señala *“que la propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o de su rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”*.

2.6 Los tratos preliminares: la responsabilidad precontractual. Hay casos en que esa relación de oferta y aceptación se ve precedida por una serie de conversaciones, análisis, discusiones, intercambio de información, adelanto de condiciones pre-contractuales o preliminares, es decir, estos son meros actos preparatorios de lo que será un posible contrato que puede llegar a celebrarse o no. Queda en juego, entonces, lo que es la oferta y sucesivas contraofertas hasta lograr o no la satisfacción de las partes. Esta etapa o momento, es propio de los contratos que dejan ese margen de negociación, que no son todos, o no tienen un papel determinante o con consecuencias jurídicas significativas, como sucede, por ejemplo, en el Derecho Civil en materia matrimonial cuando se hace referencia específica a los llamados esponsales, cuya regulación se encuentra en el artículo 110 del Código Civil Colombiano, así:

¹⁷ LASARTE, Carlos, op.cit. p.79.

Los esponsales o desposorios, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia de individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.

Mientras que en el ámbito matrimonial, contrario a lo anterior, pactar las capitulaciones matrimoniales, como un acuerdo consensual, previo a la celebración del matrimonio, trae como consecuencia jurídica, renunciar a la sociedad conyugal, materia regulada en el Código Civil Colombiano en el artículo 1771, cuyo tenor literal, dice:

Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieren hacer el uno al otro, del presente o futuro.

La importancia de los tratos preliminares, para el Derecho, se da, de una parte, porque dan paso a la formación del contrato en sí, lo cual debe garantizar seguridad jurídica a las partes y proteger sus intereses y la finalidad que se establece como previa a la obligación contractual, en sentido estricto, así como éstos tratos preliminares, pueden coadyuvar a la interpretación del contrato, y de otra parte, porque en determinados eventos, la ruptura puede dar lugar a la llamada *responsabilidad precontractual*. No obstante que en términos generales, como se anotó, los tratos preliminares, no ocasionan consecuencia alguna, sin embargo cuando una de las partes vulnera el principio de la buena fe, si se produce esa responsabilidad, como quiera que se puede

ocasionar un daño a la otra parte o a un tercero. En ese sentido, la legislación colombiana consagró en el artículo 83 de la Constitución Política el principio de la buena fe y también protege legalmente también este principio, en los artículos 1603 del Código Civil¹⁸, 834, 835, 863 y 871 del Código del Comercio. De otra parte, el artículo 2341 del Código Civil hace lo propio con la responsabilidad extracontractual, indicando que *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

En **tercer lugar**, sigue en el proceso de formación del contrato, lo que el Profesor Lasarte¹⁹, ha denominado, el **precontrato**. Sobre El particular, invita a considerar, la posibilidad de las partes, de obligarse a ciertas prestaciones a partir de la celebración del contrato. Las legislaciones se refieren a esta actividad como *“promesa de contrato”* o *“contrato preliminar”*. En la legislación civil española el tema se regula en los artículos 1451 (promesa de vender o comprar) y 1862 (promesa de constituir prenda o hipoteca). Al respecto el Profesor Lasarte²⁰, señala también, varias fases, así:

3.1 El precontrato o promesa de venta. En sí, el precontrato o promesa de venta corresponde, *“a los acuerdos contractuales cuyo contenido radica precisamente en la celebración de un futuro contrato”*.²¹ Cuando se presta de nuevo el consentimiento para la celebración de un futuro contrato, se esta ante una promesa bilateral, definida en la legislación

¹⁸ Artículo 1603 del CCC: Ejecución contractual de buena fe. *“Los contratos deben ejecutarse de buena 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”*.

¹⁹ LASARTE, Carlos, op.cit. p.82.

²⁰ LASARTE, Carlos, op.cit. p.82 a 85.

²¹ LASARTE, Carlos, op.cit. p.82.

civil colombiana, como aquello, en que las partes se obligan recíprocamente (artículo 1496 del CCC).

Ahora bien, cuando la manifestación del consentimiento proviene de una sola de las partes, se hace referencia a la promesa unilateral, que la legislación civil colombiana, en la misma norma define como aquella en que una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. Podría pensarse entonces, que de la promesa de contrato, se desprende la manifestación del consentimiento; los elementos básicos de lo que será el contrato a ejecutar e incluso la potestad de exigir el cumplimiento de contenido en la promesa, surgen entonces derechos y obligaciones concretas para el contrato definitivo.

En el caso colombiano, el Código Civil, toma la figura de la promesa de contrato y en su artículo 1611 dice:

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

1a.) Que la promesa conste por escrito.

2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil.

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

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

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

Y en el Código del Comercio de Colombia, se estipula en su artículo 861, lo concerniente a la promesa de negocio jurídico así:

La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso.

3.2 El contrato de opción. Este contrato tiene una particularidad y es que incorpora una promesa unilateral, en la que una de las partes (optante) tiene la facultad de realizar un determinado acto jurídico, que vincula a la otra parte (promitente) por la sola declaración de voluntad de aquel siempre y cuando la opción se cumpla en el marco de las condiciones establecidas en el contrato. En términos prácticos este contrato se desarrolla en lo que se denomina la *opción de compra* (el que concede el derecho reopción, esto es el propietario o dueño, otorga un derecho de preferencia en la adquisición al que compra o optante a cambio de un precio) y la *opción de venta* (el que vende se obliga a vender una cosa bajo determinadas condiciones contractuales previstas, entre ellas, el plazo que se da al optante). En síntesis, el que tiene el derecho de opción (concedente) se obliga a vender y el optante si compra o no, de quien depende en exclusiva la declaración de voluntad contractual. En caso de incumplimiento de lo pactado por parte del concedente, el optante tiene la facultad legal de reclamar lo que corresponda como indemnización de daños y perjuicios.

En el Código Civil Colombiano, como ya se dijo anteriormente, al consagrar el artículo 1849, el contrato de compraventa, señala que es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar y el dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio y de otra parte el artículo 1857 de la citada codificación establece la forma y requisitos de este tipo de contrato. Sin embargo doctrinantes colombianos como el Profesor José Alejandro Bonivento²², apunta a señalar, que es necesario hacer modificaciones a la legislación vigente, en el sentido, de dejar claro, que en el derecho moderno, la finalidad jurídica de la compraventa, la obligación del vendedor no se debe limitar a la simple entrega de la cosa, sino que es fundamental la transferencia de dominio al comprador, esto es la entrega de todos los derechos que tiene sobre la cosa vendida. Este es el verdadero alcance de este tipo de contrato, lo cual armoniza de manera integral el sentido económico del mismo, en ello se centra su eficacia jurídica, como tal.

Siguiendo con la línea de desarrollo planteado, en **cuarto lugar**, el Profesor Lasarte²³, nos guía por lo que ha denominado *“la crisis del esquema codificado. Supuestos varios”*, afirmando que el modelo clásico civilista de la génesis, origen o formación de los contratos, de cierta manera riñe con las exigencias, demanda e intercambio de bienes y servicios que requiere la sociedad moderna, en tanto que el tráfico contractual es mucho más “masivo” o “en serie” y se da en forma sucesiva y repetitiva, tanto de parte de productores como de consumidores y usuarios de bienes y servicios. Con ello, está haciendo referencia, a ni más, ni menos, que a la *desindividualización* del contrato para dar paso a su masificación, quedando el consumidor en la

²² BONIVENTO, Fernández José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales, Ediciones Librería El Profesional, Décima Cuarta Edición, Bogotá, año 2000, p.4 y 5.

²³ LASARTE, Carlos, op.cit. p.85 y 86.

parte débil, pues o contrata o deja de contratar bajo las condiciones ofertadas u ofrecidas. De allí surgen, las legislaciones de protección a los derechos del consumidor y del usuario, que en el caso colombiano se han mencionado y que en particular incluso dieron lugar a la creación de la liga de protección al consumidor; la superintendencia de servicios públicos domiciliarios, entre otras instituciones, e incluso pronunciamientos jurisprudenciales muy importantes en materia de compradores de vivienda por parte de la Corte Constitucional ²⁴, justamente han apuntado a esa protección frente a entidades financieras que han especulado ampliamente en el mercado de vivienda con tasas exorbitantes de intereses para los deudores de este bien esencial que tiene protección constitucional en el artículo 51 de la Carta Política de Colombia.²⁵

También hace referencia el Profesor Lasarte²⁶, al tema de la legislación administrativa que impone controles y requisitos a quienes suministran bienes y servicios bajo la modalidad de concesionarios de servicios públicos, sistema financiero, banca, etc. encontrando codificaciones desarrolladas en materia contractual que en el caso colombiano se da después de la expedición de la Constitución Política de 1991, entre otras normas, en la ley 80 de 1993 o “Estatuto de Contratación de la Administración Pública” (esta ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales); la ley 1150 de 2007 y el Decreto 066 de 2008 y otra serie de normas que regulan, por ejemplo, los servicios públicos domiciliarios, el sistema financiero y la banca, entre otros renglones de bienes y servicios.

²⁴ Entre otras: Sentencias C-383 de 27 de mayo de 1999 y C-700 de 16 de septiembre de 1999.

²⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 51, *“todo colombiano tiene derecho a la vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”*.

²⁶ LASARTE, Carlos, op.cit. p.86.

En síntesis, se busca, en la legislación que regula los contratos, que la posición del contratante fuerte pueda desarrollarse en su justo término y que su posición dominante no debe salirse de cause, en el que se hace necesario proteger los intereses de los económicamente débiles, cuya posición resulta ser de subordinación, a pesar del principio de igualdad, que aparece más que nunca como formal, por lo que surgen protecciones dirigidas a evitar desequilibrios o desigualdades contractuales.

Lo que viene entonces, es la manifestación expresa de la crisis del esquema contractual clásico de los Códigos Civiles del Siglo XIX, aún vigentes en muchos de sus postulados, en nuestros ordenamientos jurídicos.

En **quinto lugar**, el análisis del Maestro Lasarte²⁷ se dirige a estudiar **las condiciones generales de la contratación y los contratos de adhesión**, con varios puntos a desarrollar para su comprensión. Estos en su orden, son:

5.1 La noción de las **condiciones generales del contrato**, lo cual hace referencia a las cláusulas, estipulaciones o contenido del contrato, que hoy se caracteriza muy particularmente por los actos de masa de grandes empresas, especialmente de orden financiero, en los que se predispone unilateralmente el contenido de contrato, lo cual sucede de forma particular, por ejemplo, con el llamado “uso de dinero plástico” a través de tráfico comercial con tarjetas de crédito.

²⁷ LASARTE, Carlos, op.cit. p.87.

También mediante esta modalidad contractual de masa se compran y venden bienes y servicios públicos esenciales, como por ejemplo, el suministro de agua, electricidad, gas, telefonía, etc., todos ellos a través de mecanismos de contratación en el que resulta imposible un verdadero acuerdo entre las partes y que da lugar al *contrato de adhesión*, donde una de las partes contratantes se suma, acepta o adhiere al contenido del contrato fijado previamente por la otra parte. En síntesis, como lo señala el Profesor Lasarte, “en la actualidad, condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión son sustancialmente dos caras de la misma moneda”²⁸.

5.2 En cuanto a la **eficacia obligatoria de los contratos de adhesión**, el problema en sí, esta en la posibilidad de someter a las condiciones generales de contratación aquello que permita someter, o poner en cintura, la prepotencia y supremacía económica de quien dispone unilateralmente, para no alterar el equilibrio de las partes, pero sobre todo para mantener los mínimos de justicia contractual o de equivalencia de las prestaciones.

Sin duda, todo lo anterior, tiene que ver, por supuesto, con el modelo de contratación en masa, que caracteriza a los modernos sistemas de intercambio, cada vez más audaces en el modelo económico mundial globalizado.

Cabe mencionar, por ejemplo, como en Argentina, el Profesor Juan Farina, señala que “la expresión del contrato de adhesión (o por adhesión), se ha generalizado en la práctica, en la doctrina y en los fallos judiciales, aunque sin precisar unívocamente su concepto. Para algunos

²⁸ LASARTE, Carlos, op.cit. p.87.

existe una identidad entre esta denominación y las condiciones generales, pues lo característico es que el contratante debe someterse a las cláusulas predispuestas o bien abstenerse de contratar, como consecuencia de una situación de desnivel negocial”.²⁹ Esto significa, que en las distintas legislaciones hay una visión que coincide en cuanto al sometimiento de una de las partes frente a este tipo de contratación tan usual y tan masiva, a la que también hace amplia referencia el Tratadista Farina.

Pero si volvemos al Profesor Lasarte, encontramos otras consideraciones, relativas al Derecho Español, relacionadas con: (3) las condiciones generales de la contratación en el Derecho Civil; (4) la ley de contrato de seguro; (5) la ley general de la defensa de consumidores y usuarios y (6) para el análisis de formación del contrato el Profesor Lasarte³⁰, nos conduce en **sexto lugar**, a las “*acciones colectivas*”, y sus respectivas acciones (de cesación, de retractación y declarativa), enfatizando en la defensa de consumidores y usuarios. En Colombia, particularmente cabe mencionar que las llamadas acciones colectivas, en el Código Civil, datan de lo que se conoce como acción popular (artículo 1005), con posterior consagración en el artículo 88 de la Carta Política, fundamento Superior sobre el que se expide la ley 472 de 1998, “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones” y cuyo objeto es regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el citado artículo Superior. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personas, entre ellos los de los consumidores y usuarios.

²⁹ FARINA, Juan M. op.cit. p.80.

³⁰ LASARTE, Carlos, op.cit. p.96.

Finalmente, y en **séptimo lugar**, el análisis del Profesor Lasarte³¹, en el proceso de formación del contrato, se dirige a “*los contratos normativos*”, a partir de:

6.1 Los contratos forzosos. Esto en síntesis es, que los supuestos de ley se dirigen a atender razones de interés general, limitando la autonomía privada de una de las partes y obligando necesaria e indefectiblemente a contratar. En consecuencia, la modalidad de contrato forzoso, no conduce a pensar que el contenido del contrato este legal o convencionalmente predeterminado, puede ser o no, o puede ocurrir, que se de la convencional formalización de contenido del contrato, aunque en todo caso, una de las partes este obligada a contratar. Típico ejemplo es el de las líneas aéreas, que en muchos países gozan de ciertos privilegios monopolísticos.

6.2 Los contratos normados o contratos tipo. Este tipo o modalidad de contrato, por así decirlo, hace relación a que en el contenido del contrato se dan una serie de derechos y obligaciones de las partes, las cuales se encuentran legal o reglamentariamente establecidas por los poderes públicos, con ello, pone en cuestión ese indiscutible dogma de la voluntad de las partes contratantes, como quiera que ella se somete como tal, en el espacio de su autonomía y de su libertad de contratar a la aceptación del contenido del contrato normado o reglamentado. Lo que llama la atención, es que en verdad, “la gran mayoría de contratos normados son simultáneamente contratos forzosos, sobre todo por cuanto se refieren al suministro de servicios públicos (transporte regular, teléfono, gas, electricidad, etc), cuyas tarifas y condiciones fundamentales de suministro se encuentran determinadas por los poderes públicos

³¹ LASARTE, Carlos, op.cit. p.87.

mediante reglamentos, en sentido técnico hablando”.³² En Colombia, por creación legal, por ejemplo, existe la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico; la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; la Comisión de Regulación de Energía y Gas, etc., que se encargan justamente de establecer las condiciones de prestación del servicio donde la parte que recibe el servicio actúa pasivamente, pues no tiene oportunidad de acordar ninguna condición contractual.

Ahora bien, el sometimiento al contenido contractual normativamente fijado o establecido, va en ascenso e induce so pretexto de protección al consumidor, al establecimiento de un marco normativo contractual que se vuelve obligatorio, imponiendo en la mayoría de los casos una forma escrita del contrato, en letra por lo general casi imposible de leer por su tamaño excesivamente pequeño y voluminoso, lo que da lugar a un “contrato – tipo” que acaba por convertirse en un patrón contractual o de “contrato modelo” o referente o “modelo de contrato” que en Colombia ha dado en llamarse “minuta patrón” o “preformas impresas”, que da lugar a sustituir la autonomía de la voluntad individual o privada por la formulación de una serie de cláusulas o estipulaciones preconcebidas o predispuestas por el propio ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto o materia específica que se regula (arrendamiento, venta o suministro, servicio, etc.).

³² LASARTE, Carlos, op.cit. p.99 y 100.

CONCLUSIONES

1. El contrato como categoría que surge de la manifestación del consentimiento de las partes para obligarse a algo, figura por demás, consagrada en todas las legislaciones civiles implícitamente advierte un principio que deviene de los idearios de la Revolución Francesa: el principio de igualdad, esto es que las partes o los contratantes son iguales para contratar, lo que de por sí, en el tráfico de las relaciones contractuales modernas queda ampliamente en cuestión, como quiera que el ciudadano común se ve obligado a contratar ciertos bienes y servicios en condiciones que le son impuestas por agentes económicos poderosos y muchas veces monopolísticos, es decir, en un universo en el que no tiene alternativa distinta a aceptar las condiciones, incluso especulativas de la contraparte.
2. El contrato se forma y se desarrolla dentro de una interminable cadena de intercambios económicos, donde el hombre no es autosuficiente para subsistir sino requiere de otros para satisfacer sus necesidades, contexto en el cual toman forma distintas relaciones de orden contractual y aunque todo intercambio de bienes y servicios no es un contrato, la mayor parte de estos intercambios si dan lugar al contrato, que no es más ni menos en sentido clásico que el acuerdo en realizar un determinado tipo de intercambio de un bien o servicio por otro bien o servicio, en el que el factor patrimonial resulta fundamental.

3. La formación del contrato, se ve, como proceso en la medida que surte fases o etapas, que comienzan en el paradigma formativo del contrato dado, por lo que el Profesor Lasarte denomina el *contrato personalizado*, esto es, que ambas partes, tras las respectivas negociaciones iniciales o tratos preliminares, concuerdan o acuerdan ciertas condiciones para contratar.
4. Resulta fundamental la fase preliminar de formación del contrato, en la medida en que, que oferta y aceptación depende en gran parte del tipo recontrato que se va a realizar, de su naturaleza particular y de la transcendencia o importancia económica de las prestaciones que se deriven de ello.
5. En el proceso de formación del contrato también es relevante la presencia de las partes o su ausencia para contratar, por la complejidad que entraña esta última situación.
6. En síntesis el proceso de formación del contrato, abarca la oferta contractual que es declaración de voluntad con la intención de celebrar un contrato, la cual debe contener todos los elementos necesarios para que hecha la aceptación de la otra parte se perfeccione el contrato y se inicie su etapa de ejecución. Esa serie de actos, que no son siempre simples, sino que en el tráfico económico moderno y global desequilibran muchas veces las cargas, en el sentido ya anotado, de que en esa fase de formación o de desarrollo de la relación contractual el oferente es la parte dominante y fuerte y quien acepta es la parte débil o pasiva de dicha relación.

7. El anterior contexto, sin duda, pone en cuestión y en tensión la más clásica y tradicional fuente jurídica de los contratos: el Derecho Civil y fundamentalmente el principio central, estructural de sus fuentes: el principio de igualdad entre las partes contratantes y con ello la autonomía de la voluntad de individuo se relativiza por completo.

BIBLIOGRAFÍA

B

BONIVENTO, Fernández José Alejandro, Los Principales Contratos Cíviles y su paralelo con los Comerciales, Ediciones Librería El Profesional, Décima Cuarta Edición, Bogotá, año 2000.

C

Código Civil Colombiano, Editorial Legis, Bogotá, 2002.

Código del Comercio Colombiano, Editorial Legis, Bogotá, 2001.

Constitución Política de Colombia de 1991, Editada por el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, Bogotá 1998.

D

DIEZ-PICAZO, Luís, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I: Introducción a la Teoría del Contrato, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

F

FARINA, Juan M., Contratos Comerciales Modernos, Modalidades de Contratación Empresarial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

L

LASARTE, Carlos, Contratos, Principios de Derecho Civil, Tomo III, Novena Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006

S

SIERRALTA Ríos, Aníbal, Negociación y Contratación Internacional (Teoría y Casos), Editorial legis, Perú, 2007.

V

VALENCIA, Zea Arturo y ORTIZ Monsalve Álvaro, Derecho Civil: De las Obligaciones, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2004.