



Completitud de la oferta del contrato atípico: elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil

Juan Pablo Sánchez Trujillo¹

Resumen

El presente artículo pretende describir cuáles elementos de los contratos atípicos deben ser definidos para que la oferta realizada sobre estos pueda ser considerada existente en Colombia, a la luz de los requisitos de existencia del negocio jurídico; específicamente en lo relativo al objeto del mismo. Para ello, se realizará un análisis jurisprudencial y doctrinal sobre la naturaleza del contrato atípico y su tipicidad social; la cual podría esbozar una posible solución a la determinación de sus elementos esenciales.

Lo anterior tiene sentido en tanto el artículo 845 del Código de Comercio Colombiano establece que la oferta o propuesta de contratar deberá contener los elementos esenciales del contrato ofrecido. Sin embargo, ha de señalarse que al momento de definir los elementos esenciales de los negocios jurídicos atípicos surge un obstáculo, pues por la naturaleza de atipicidad que tienen estos tipos de contrato, no es clara la aplicación de la regla general aportada por el Código civil para definir los elementos esenciales de un contrato. Siendo así que sólo serían aplicables las normas generales relativas a la existencia y validez del negocio jurídico, situación que da fundamento a la necesidad de plantear una solución teórica y práctica al problema jurídico.

Palabras clave: Negocio jurídico; atípico; oferta; elementos esenciales; existencia; tipicidad.

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Privado de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juanpablosanchezt@hotmail.com

Artículo presentado para optar al título de especialista en Derecho Privado de la Universidad de Antioquia.

Citación de este artículo: Sánchez Trujillo, J. P. (2018). Completitud de la oferta del contrato atípico: elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 103-118. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331285/20787468>

Completitud de la oferta del contrato atípico: Elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil

Introducción

A manera de preámbulo al problema jurídico que se propone, resulta necesario precisar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1501 del Código Civil "(...) Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente (...)", lo cual lleva a que surja un problema jurídico dentro del régimen de los contratos atípicos en Colombia, considerando que, por su naturaleza atípica, no es posible establecer que ante la ausencia de uno de sus elementos este devenga en otro tipo contractual, pues se estaría desconociendo la atipicidad del negocio jurídico si se lleva a un tipo contractual la voluntad negocial de las partes. Ello porque la atipicidad del contrato encajaría en el supuesto normativo de un contrato típico, dada su naturaleza atípica, salvo que se esté ante la oferta de un contrato con características típicas y mal denominado atípico, lo cual no es el supuesto que se pretende estudiar.

Por otro lado, tampoco resulta esclarecedor afirmar que los elementos esenciales de los contratos atípicos devengan de la estricta aplicación de la expresión "o no produzca efecto alguno", puesto que de ser así, bastaría cumplir con los presupuestos generales de existencia y validez del contrato, por lo que los elementos esenciales serían tan genéricos que la oferta del contrato atípico no requeriría determinación precisa de su objeto.

En ese sentido se destaca que los contratos atípicos, por su naturaleza, son negocios jurídicos que tiene como fuente principal la autonomía privada de la voluntad, sin que exista un supuesto normativo específico que regule su contenido, haciendo así que la determinación de los elementos esenciales se dificulte y se deba acudir a su determinación para cada caso en concreto el régimen jurídico aplicable al contrato. Sobre este aspecto, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, han diferenciado los contratos absolutamente atípicos de aquellos que, por su reiterado uso en la sociedad, han generado reglas consuetudinarias y sociales para su configuración, las cuales han dado sustento a predicar una tipicidad social que permita determinar mejor el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratación.

Se evidencia entonces la problemática que gira en torno a los elementos esenciales del contrato atípico y que afecta de manera directa la aplicación de lo preceptuado por el artículo 845 del Código de Comercio, el cual establece que "la oferta o propuesta (...) deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario".

Así las cosas, el problema anteriormente plasmado sugiere un estudio preciso del régimen jurídico de los contratos atípicos, para determinar si a partir de las teorías de la absorción, la combinación, la analogía legis y de la costumbre y la jurisprudencia, existen elementos esenciales para los contratos atípicos, diferentes de aquellos propios de las normas generales de los contratos y las obligaciones (entendidas en el marco de las normas imperativas), los cuales podrían estar originados en la tipicidad social o de la aplicación de la normatividad propia de los contratos que regulan las prestaciones principales de ciertos contratos típicos. Por lo que, para esos casos, sea eventualmente posible que, respecto de un contrato atípico en específico, pueda atribuirse ciertos elementos como esenciales; los cuales deriven de su tipicidad social o de la interpretación jurisdiccional en la aplicación de la teoría de la combinación a un contrato en particular.

Elementos de existencia del acto jurídico

Antes de comenzar a exponer un análisis sobre los elementos de la existencia del acto jurídico en Colombia, es necesario que se precise que el acto jurídico se ha definido, de manera unívoca, “como la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”². En ese sentido el profesor Cubides Camacho ha señalado que “el Código Civil contempla la manifestación unilateral de voluntad en los artículos 1994 y 2302 y siguientes, la llama «hecho voluntario de la persona que se obliga» y la condiciona a que el hecho sea lícito”³.

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (subrayas por fuera del texto original) (Código Civil, Artículo 1494).

Habiéndose precisado lo anterior, también debe señalarse, con anterioridad a un estudio de los elementos esenciales del acto jurídico, que estos elementos no fueron determinados de forma precisa por el Código Civil colombiano, dada la escasa regulación del acto jurídico como fuente voluntaria de obligaciones. Sin embargo, la doctrina ha entendido que, bajo el concepto de acto jurídico anteriormente señalado, los elementos para su existencia se traducen en “la voluntad exteriorizada, el objeto jurídico y la Solemnidad para aquellos actos que la requieren para ser eficaces” (Castro, 2009, pág. 543).

² Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá, Colombia: Temis. P. 17.

³ Cubides Camacho, J. (2005). *Obligaciones*. 5ª Edición ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. p. 280

A este punto se pone en evidencia que, no es el objeto del presente artículo hacer un estudio preciso de los elementos de existencia del acto jurídico, por lo que bastará con haberse precisado la necesidad de que exista concurrencia de los tres elementos señalados. Sin embargo, si es de importancia ahondar en el requisito relativo al objeto jurídico y específico del acto, pues este resulta ser el eje central sobre el que se dará movimiento al problema jurídico que ahora interesa.

En consecuencia de las consideraciones anteriores, debe entonces precisarse que el objeto jurídico, como elemento de existencia del acto jurídico, ha sido definido a partir de dos concepciones; una primera, denominada objeto jurídico general, consistente en la “voluntad abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales en el ejercicio de la facultad que para ello confiere (...) el postulado de la autonomía de la voluntad privada (...)” (Ospina y Ospina, 2000, pág. 237). Por otro lado, se ha entendido como objeto jurídico específico al “(...) contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes, o, en su defecto por las normas destinadas a complementar o a suplir la voluntad (...)” (Ospina y Ospina, 2000, pág. 237).

Ahora bien, debe precisarse que no toda manifestación de voluntad, dirigida a producir efectos jurídicos, está llamada a originar los efectos que se pretenden, pues para ello, es necesario que el ordenamiento jurídico dé efectos a la manifestación de los sujetos jurídicos. En sustento de ello se trae a colación lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, el cual dispuso lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. También se puede verificar lo inmediatamente afirmado en el artículo 1535 del mismo código, ya no a título de permisón, como en el caso anterior, sino a título de prohibición, cuando este señala que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (Código Civil, Artículo 1535).

Bajo ese panorama, podría concluirse que para que el objeto de un acto jurídico permita la existencia de dicho acto, es necesario que la finalidad perseguida se encuentre en un marco de no contrariedad con las normas imperativas aplicables a los efectos jurídicos que pretende crear. Es por ello que, en aplicación dicha adecuación al ordenamiento, el objeto de un acto jurídico debe existir o ser posible y estar determinado o ser determinable, en congruencia con el artículo 1518 del Código Civil Colombiano, el cual dispuso lo siguiente:

No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

En razón de la normativa citada, cabe resaltar que el marco de la posibilidad al que se refiere el objeto, ha de ser entendido en un plano físico y jurídico, por lo que será imposible tanto aquel objeto que pretenda una finalidad contraria a las leyes de la naturaleza, como al ordenamiento jurídico. Ahora bien, el presente estudio ha de prestar más atención a lo relativo al requisito de determinación del objeto jurídico, pues este, en el caso de la oferta mercantil, trae consigo un requisito adicional, al exigir que el acto jurídico de oferta mercantil contenga por lo menos los elementos esenciales del negocio ofrecido.

En este punto, resulta necesario que, antes de abordar la determinación de la oferta mercantil, se precise que esta categoría jurídica ha sido definida como el “proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra” (Código de Comercio. Artículo 845). En ese orden de ideas, se enmarca la oferta mercantil dentro de lo que se ha denominado como negocio jurídico unipersonal (Ospina y Ospina, 2005, pág. 155), siendo así que el efecto jurídico que de ella se produce, es la atribución de responsabilidad civil respecto de los daños causados por el retracto deliberado de la oferta sometida a plazo para su aceptación.

Aclarada de manera rápida la naturaleza del acto jurídico de oferta mercantil, puede continuarse el análisis sobre los elementos de determinación del objeto de esta, por lo que se trae a colación que la jurisprudencia colombiana ha decantado el asunto relativo a los requisitos que la oferta mercantil debe reunir, habiéndose determinado por parte de la Corte Suprema de Justicia que la propuesta debe ser firme, precisa, debe constituir un acto voluntario del ofertante, estar dirigida al destinatario, ser conocida por este, ser inequívoca y completa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4473, 1995).

De los requisitos inmediatamente planteados, denotan un interés especial para el estudio que ahora se realiza, aquel relativo a hacer de la oferta un acto completo, queriendo significar esto que la oferta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 845 del Código de Comercio, “(...) deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario (...)”.

A este punto del artículo, se procederá a reservar para luego, lo relativo a los elementos esenciales de los contratos, para hacer énfasis en la naturaleza de los contratos atípicos y así poder luego desarrollar en forma más dúctil el planteamiento del problema propuesto.

Fuentes y naturaleza del contrato atípico en Colombia

Dentro de las tantas clasificaciones que se han sugerido por parte de la jurisprudencia y la doctrina, para clasificar los contratos y facilitar la comprensión de su naturaleza y efectos, se ha utilizado aquella relativa a diferenciar los contratos que cuentan con una regulación especial aplicable, de aquellos que no cuentan con dicha característica. Es así como se ha clasificado a los contratos en típicos o atípicos, siendo los primeros aquellos a los que, el ordenamiento jurídico ha dispuesto una regulación expresa para definir sus características y reglas de aplicación; a diferencia de los segundos, que no poseen una regulación exclusiva para ellos.

Para efectos de comprender mejor la clasificación señalada, es necesario precisar que la tipicidad contractual ha sido definida a partir de un esquema fijado por las leyes para cada una de las figuras negociales. En ese sentido, “los negocios que pueden acomodarse a tales modelos serán llamados típicos, mientras que los que no encajen en ninguno de ellos son los atípicos” (De Castro, 1985, pág. 202).

Respecto de dicha definición, la doctrina ha sugerido una clasificación de la tipicidad, la cual se define a partir de dos clases que distinguen el tipo contractual general del tipo contractual diferenciador de cada contrato específico. En ese sentido, ha de entenderse que la tipicidad de primera clase, se traduce en el contrato como categoría jurídica a la que la ley le dio efectos de fuente de obligaciones, es decir, el contrato *in genere* o “contrato base”, mientras que la segunda clase de tipicidad se define a partir de aquella regulación dirigida a especificar ciertos elementos al tipo base, estableciendo así nuevas figuras contractuales. En ese sentido se ha pronunciado Gete Alonso cuando precisó lo siguiente:

En efecto, si la tipicidad opera sobre una determinada realidad social que se toma como base, y a la que de tipo social se eleva a la categoría de tipo jurídico; cabe decir que la conducta o relación social de la que parte la tipicidad contractual es, en primer término, el Contrato considerado *in genere*: o sea el acuerdo de voluntades tendente a producir obligaciones. (...) Posteriormente, de la conducta base o tipo jurídico ya creado, se procederá a una nueva reordenación o reorganización: del contrato *in genere* se diversificará a distintos contratos a los que se llamará, precisamente, tipos contractuales. En este orden de cosas puede hablarse, entonces, de una tipicidad de primer orden o grado -el contrato- frente a otra de segundo orden o grado -los contratos- (Gete Alonso, 1979, pág. 18).

Habiéndose abordado lo relativo a la clasificación contractual del contrato atípico, es el momento de señalar que este tipo de negocio jurídico tiene sustento a partir del principio de autonomía privada de la voluntad y de la atribución de fuerza obligatoria que a dicha voluntad ha atribuido el ordenamiento jurídico. En sustento de ello, se trae a colación el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, la cual dispone que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”; a lo que se le suma la disposición del artículo 1602 que, como se precisó anteriormente, atribuye fuerza de ley para los contratantes, respecto de las obligaciones contratadas.

A este punto resulta útil señalar que la autonomía privada de la que gozan los particulares ha sido entendida por algunos autores como un poder de creación normativa; entendiendo así que éstos crean normas vinculantes en el ordenamiento jurídico, atendiendo al margen delineado por la norma imperativa. En ese sentido señala Luigi Ferri que si se examina “la norma superior en la que está regulada la creación de normas negociales, podemos darnos cuenta de que esta norma contiene en primer lugar (...) una atribución a los particulares del poder de crear normas jurídicas.” (Ferri, 2001, pág. 38).

Así las cosas, el contrato atípico tiene origen en la libre posibilidad que tienen las personas de celebrar contratos que, aun sin regulación específica aplicable, den origen a vínculos obligacionales, derivados de prestaciones extrañas al ordenamiento jurídico o la costumbre mercantil; siempre y cuando dicho contrato vaya de acuerdo a los lineamientos que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para catalogarlo como válido.

En ese entendido, se ha distinguido a los contratos atípicos bajo una clasificación caracterizada por la concepción tradicional de los contratos típicos y atípicos; bajo dicha corriente se concibe que los contratos serán atípicos cuando “(...) sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados” (Ospina y Ospina, 1980, pág. 52). Se le critica a dicha explicación que no ha tenido en cuenta la posibilidad de tipificación que surge de las fuentes de derecho diferentes a la ley, como la costumbre mercantil, la cual goza de fuerza de ley en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre y cuando no la contraríe. En consecuencia, de lo anterior se siguen tipos contractuales que, aunque no cuenten con una tipicidad de segundo grado, pueden considerarse típicos a la luz de haberse convertido en una costumbre mercantil; situación que resulta usual en la cotidianidad de la dinámica de la contratación. Así, por ejemplo, puede traerse a colación los contratos de leasing o factoring los cuales, en razón a la dinámica que ha tomado el mercado y la negociación, se han tornado en contratos con características y finalidades ya conocidas y estudiadas en el medio académico y jurisprudencial.

En razón de lo anterior, se ha predicado que la costumbre mercantil ha generado una clase de tipicidad denominada tipicidad social, la cual tiene efectos de catalogar como típico el contrato que no cuenta con una regulación legal precisa. Debe señalarse a este punto, que la anterior concepción de la tipicidad social es de suma importancia para el problema jurídico que ahora se estudia, pues a partir de la concepción de tipicidad que se asuma podrán determinarse ciertos elementos que en su momento puedan clasificarse como esenciales.

A propósito de los contratos objeto de costumbre mercantil y por tanto de la tipicidad social, Arrubla señala que:

“siendo la costumbre fuente de derecho, que en materia mercantil ocupa el mismo lugar de la ley, esta categoría de contratos, con tipología social, es típica. Para aquellos existe tipicidad de primer orden y la tipicidad social” (Arrubla, 2013, pág. 20). En concordancia con lo anterior, es importante precisar que la afirmación de que la costumbre mercantil cuente con fuerza de ley, deviene de lo regulado en el artículo tercero del Código de Comercio Colombiano, el cual dispuso que “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella” (Código de Comercio, Artículo 3).

En consecuencia de lo planteado, debe concluirse que los contratos atípicos en Colombia, serán aquellos definidos como atípicos puros (Arrubla, 2013, pág. 45), en razón a su ajenidad de los tipos regulados por el ordenamiento jurídico y que solamente cuenten con una tipicidad general de primer grado, ante la ausencia de norma específica que regule la figura contractual.

Elementos esenciales de los contratos en Colombia

El artículo 1501 del Código Civil ha definido a los elementos esenciales de los contratos como “(...) aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente (...)” (Código Civil, Artículo 1501). Bajo esa definición se ha entendido que, en la regulación expresa de los contratos típicos existen ciertos elementos que se han determinado como normas imperativas, es decir que sin ellos esos contratos no pueden producir efectos jurídicos, o en su defecto, producen los efectos de una figura contractual que permita su configuración con la manifestación de voluntad convenida entre las partes⁴.

⁴ Por ejemplo, el Código Civil consagró que el contrato de compraventa se reputa perfecto con que las partes hayan pactado la cosa y el precio; evidenciándose así la fácil determinación de los elementos esenciales de un contrato típico.

Ahora bien, el reto teórico que resulta surge cuando se busca determinar los elementos esenciales de los contratos atípicos, entendiendo estos bajo la concepción tradicional, considerando como atípicos incluso a aquellos que pudieren entenderse típicos bajo una tipicidad social definida por la costumbre.

En ese orden de ideas, la dificultad aparece cuando se aplica la definición que reza el artículo 1501 del Código Civil: “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales (...) no produce efecto alguno”. De ese supuesto normativo, debe señalarse que la ausencia de efectos respecto del negocio jurídico parte del incumplimiento de los presupuestos de existencia que el ordenamiento ha exigido para estas categorías jurídicas. En razón de ello se ha definido que para la existencia de los contratos es necesario que exista una manifestación de la voluntad, una causa, un objeto jurídico y una formalidad cuando es del caso (Ospina y Ospina, 2005, pág. 155).

Aquí se entiende que la manifestación de la voluntad corresponde a una expresión que supera el fuero interno de la persona y se exterioriza en forma clara e inteligible. Debe señalarse que tradicionalmente se ha incluido la causa dentro de los requisitos de existencia del negocio jurídico, por lo que, acogiendo dicha posición, se entenderá que la causa resulta ser claramente parte de la composición de una manifestación de voluntad, dado que la ausencia de esta le restaría motivación al acto y por ende resultaría ser un mero hecho. En ese sentido se ha pronunciado el profesor Guillermo Ospina Fernández, cuando señaló lo siguiente:

Para terminar, vale la pena advertir desde ahora a este propósito que si el acto jurídico es por definición una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, la causa, identificada con los móviles o motivos determinantes que inducen a buscar una finalidad práctica mediante la operación jurídica, no es un elemento distinto en tal clase de actos, que se pueda aislar dentro del proceso intelectual y volitivo, sino que, por el contrario, forma parte integrante e inseparable de este. En efecto, desde el momento mismo en que se habla de voluntad directa reflexiva, se indica que esta está determinada por móviles o motivos ponderados por la razón. De manera que si tales móviles o motivos faltan, no existe ni acto jurídico ni acto humano, sino, como ya se dijo, un reflejo involuntario o una actuación irracional legalmente tratada con procedimientos específicos, como los que se emplean para la valoración de los actos de los dementes (Ospina y Ospina, 2005, pág.35).

A este punto debe traerse a colación que los elementos esenciales requeridos para los contratos, constituyen un requisito de existencia para estos. En ese sentido, por ejemplo, el artículo 1865 del Código Civil señala en materia de compraventa que “Podrá así mismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes, en caso de no convenirse, no habrá venta” (Código Civil, Artículo 1865).

En ese mismo sentido, se ha pronunciado también el profesor Ospina Fernández cuando precisó que además de los requisitos de existencia ya mencionados anteriormente, debe considerarse que cada acto jurídico debe reunir los elementos esenciales dispuestos para este, so pena de entenderse que dicho acto no existió o degeneró en otro.

(...) al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, también advertimos que, además de los precitados (manifestación de voluntad, objeto jurídico y formalidad cuando esta es requerida ad solemnitatem), cada acto en particular debe reunir otros elementos igualmente esenciales respecto de él, puesto que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto diferente. (Ospina y Ospina, 2005, pág. 431).

Bajo este orden de ideas, debe analizarse la determinación de los elementos esenciales de los contratos atípicos pues en lo relativo a los elementos de existencia y validez del acto no existen requisitos especiales regulados para estos negocios. En ese sentido, el panorama jurídico lleva a sugerir que para la existencia de un contrato atípico basta con que se cumpla con los requisitos generales de existencia señalados y los requisitos de validez de los actos, consagrados en el artículo 1502 del Código Civil⁵.

Para continuar con el análisis, es necesario diferenciar aquellos contratos que en un principio hemos denominado de tipicidad social, de aquellos que se han entendido como contratos atípicos puros, para así mismo determinar cuáles son los elementos esenciales de unos y otros.

Así las cosas, aquellos contratos que, por la habitualidad de su uso, han sido objeto de costumbre mercantil, deben entenderse como figuras que han sido tipificadas dada la fuerza de ley de la costumbre mercantil en Colombia; en ese entendido, estos se han catalogado como contratos típicos sociales y por tanto estas figuras contractuales cuentan con elementos que le dan una determinada naturaleza y distinción jurídica. En todo caso, si bien existen elementos de definición de la figura contractual a partir de la costumbre mercantil, no puede decirse con asertividad que dichas figuras cuenten con normas imperativas que impongan ciertos requisitos esenciales para la existencia del contrato; salvo, claramente, aquellos requisitos generales relativos al régimen general de los contratos y las obligaciones.

En ese sentido, debe acudir a la expresión “o degeneran en otro contrato diferente” del artículo 1501 del Código Civil. Si bien los requisitos esenciales de los contratos de tipicidad social no se encuentran claramente determinados por normas jurídicas, si pueden

⁵ “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”.

ser determinados a partir de la desnaturalización del contrato por la ausencia de un elemento que lo distinga de las demás figuras contractuales típicas del ordenamiento. De ahí que dichos elementos característicos de la figura contractual puedan ser entendidos como sus elementos esenciales.

Diferente es el caso de los contratos puramente atípicos, pues en estos no es admisible un juicio de comparación con las figuras típicas del ordenamiento, en virtud de la indeterminación inherente antes de su perfeccionamiento, pues como ya se explicó, este es fruto de la mera autonomía privada de las partes, la cual da vida a una figura absolutamente extraña a los tipos contractuales establecidos por las normas jurídicas del ordenamiento jurídico y por la costumbre. En este tipo de negocios jurídicos, antes de su perfeccionamiento no existe una figura contractual respecto de la cual pueda hacerse un juicio de adecuación específico, aunque es palmario que en todo caso sí debe cumplir con los requisitos de existencia y validez determinados para los contratos en Colombia.

Bajo ese panorama, el régimen aplicable a los contratos atípicos ha sido estudiado mediante múltiples teorías doctrinales, particularmente, cuando las estipulaciones contractuales resultan insuficientes para la regulación del contrato. Para ello se crearon las teorías de absorción, combinación y de fin dominante, que si bien fueron valiosas para la comprensión de estas figuras contractuales, no dieron solución al interrogante jurídico que se pretendía resolver.

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, aportando una posible solución para esclarecer el régimen jurídico de los contratos atípicos, al haberse indicado que a estos le es aplicable por analogía la regulación del tipo contractual que se considerare más afín, sin que con ello se afecte la autonomía de la voluntad de las partes:

las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por lo principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos, ya título complementario por el arbitrio judicial. Bien entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial T. XLVII, 1938. pág. 570).⁶

⁶ En ese mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial 2179, 1956, pág. 320: “En síntesis: Si uno de los documentos a que se refiere la motivación anterior, ha sufrido todo el proceso reglamentario de su creación, expedición, autorización por la autoridad competente para circular en el público, por el vehículo del expendio, y sometido al correspondiente sorteo salió favorecido con el respectivo premio; y, si esta última circunstancia le imprime definitivamente la naturaleza singular de un título al portador, jurídicamente han de aplicársele, en virtud del principio de analogía que impera en la interpretación e integración de los contratos innominados mixtos, las normas de derecho positivo que tutelan esa clase de títulos, o a falta de aquéllas, los usos *secundum legem* y *praeter legem*.”

En razón de los planteamientos presentados, se apunta a que los contratos atípicos tengan un régimen aplicable caracterizado, en primer lugar, por las normas imperativas y generales que rigen a todos los contratos (requisitos de existencia y validez) y en segundo lugar, por las disposiciones contractuales de las partes, entendiéndose que a los negocios atípicos no le son aplicables las normas supletivas consagradas en la ley, precisamente por la ausencia de regulación específica para aquellos.

Como demás fuentes de regulación de los contratos atípicos pueden señalarse la costumbre mercantil, los tratados convencionales internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional, los principios generales del derecho comercial y la analogía general en materia civil⁷, del artículo 8 de la ley 153 de 1887 (Arrubla, 1992, pág. 32). También ha entenderse que la analogía del tipo contractual más afín es el régimen aplicable a los contratos atípicos mixtos.

Oferta del contrato atípico en Colombia

En este orden de ideas, respecto a los elementos esenciales de los contratos puramente atípicos es dado concluir que únicamente es aplicable un juicio de conformidad con los requisitos generales de existencia y validez del régimen general de los contratos y las obligaciones en Colombia, las prestaciones ofrecidas por el proponente, los tratados convencionales internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional, los principios generales del derecho comercial y la analogía general en materia civil; pues pretender un juicio diferente a este desnaturalizaría la atipicidad de la figura contractual, al pretender acudir a la regulación de algún tipo contractual diferente, desconociendo la voluntad de las partes de crear una figura contractual atípica pura; máxime cuando para el objeto de estudio de este artículo, se encuentra en el momento en que la figura contractual atípica no ha sido siquiera perfeccionada y se encuentra en una mera etapa precontractual de oferta.

En ese entendido, si bien la oferta resulta ser un acto jurídico precontractual, se encuentra sujeta a contener los elementos de existencia y validez, dentro de los cuales ya se ha detallado lo relativo a la determinación del objeto jurídico de la misma, la cual resulta depender directamente del objeto jurídico del contrato que se espera proponer. En concordancia con lo anterior, se señalaba que la oferta deberá contener siquiera los

⁷ Cfr. Código de Comercio Colombiano. Artículo 7. “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

elementos esenciales del contrato ofrecido, por lo que, si bien el contrato todavía no existe en la vía jurídica, desde el momento precontractual ya se le exige que se determine su naturaleza y elementos.

En concordancia con lo anterior, habrá de entenderse que, para los contratos típicos resulta ser necesario que la oferta contenga una propuesta de negocio que se enmarque en el marco legal regulado para el contrato que se pretende ofrecer; además de respetar los requisitos de existencia y validez del régimen general del negocio jurídico.

Ahora bien, no será idéntica la labor de ofertar un contrato atípico, pues para estos es necesario que se determinen elementos que el ordenamiento jurídico no ha definido con precisión, y aunque exista un derrotero normativo consuetudinario, este no resulta ser más que el resultado de una usanza repetida en el tiempo al margen de los requisitos exigidos para que aquella pueda ser considerada costumbre⁸.

Bajo el planteamiento recién expuesto, resulta necesario abordar separadamente la oferta de los contratos puramente atípicos y la de los contratos atípicos con tipicidad social, pues como ya se ha explicado, para los primeros es necesario realizar una labor interpretativa mayor a efectos de determinar qué deberá ser considerado como elemento esencial de estos.

Así que, en primer lugar, ha de señalarse que para para los contratos de tipicidad social, ha de estudiarse la figura contractual tipificada en la costumbre, evidenciando en ella los elementos que la caracterizan y diferencian de las demás figuras contractuales del ordenamiento jurídico. Con ello se permite que se logre una identidad única del contrato ofrecido, a efectos de que este, además de cumplir con los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, goce de elementos propios que derivan de la tipicidad social.

Ahora bien, a diferencia de los contratos de tipicidad social, aquellos de atipicidad pura no pueden estudiarse a la luz de un juicio de completitud de los elementos que caracterizan la figura contractual, sino que más bien debe realizarse un juicio de ausencia de afinidad con alguna figura contractual típica; incluso de aquella social. Lo anterior tiene sentido si se contempla que el contrato atípico puro obtiene su naturaleza precisamente de la característica de contener prestaciones completamente extrañas al ordenamiento jurídico, lo cual genera una importante dificultad interpretativa al momento de aplicar la disposición

⁸ Parra Benítez, J. (1990) *Manual de derecho civil*. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Temis. p 16. Cfr. con la definición de Costumbre jurídica del profesor Jorge Parra Benítez “Es el uso reiterado por un grupo o colectividad, que lo considera jurídicamente obligatorio. Dicho uso (factor externo) es costumbre jurídica cuando quienes lo practican lo tienen por obligatorio (factor interno) y es reconocido por el poder Estatal.

relativa a la completitud de la oferta mercantil, cuando se expresa que esta deberá contener siquiera los elementos esenciales del contrato ofrecido.

En ese orden de ideas, la completitud de la oferta del contrato atípico puro, podría estudiarse interpretando los elementos esenciales del contrato ofrecido bajo un juicio de diferenciación de las prestaciones contractuales atípicas respecto de aquellas que la ley y las normas jurídicas ya hayan tipificado bajo alguna figura contractual. En efecto, si el contrato ofrecido contiene una prestación extraña al ordenamiento y cumple con los requisitos de existencia y validez exigidos para todo negocio jurídico, este no podrá convertirse en una figura contractual diferente a la que, en ejercicio de la autonomía privada, las partes decidan celebrar. Bajo esa óptica, no serán los elementos esenciales definidos en la Ley o en la tipicidad social los que le otorguen su existencia, sino los que emanan precisamente de la autonomía de la voluntad del oferente siempre y cuando cumpla con los requisitos generales de existencia de los actos jurídicos.

Conclusiones

En virtud de los argumentos expuestos, se propone interpretar los elementos esenciales del contrato atípico puro bajo un juicio de diferenciación respecto de las demás figuras contractuales del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la oferta del contrato atípico puro podría considerarse completa cuando las prestaciones del contrato ofrecido puedan efectivamente catalogarse como extrañas a las que el ordenamiento jurídico ha clasificado bajo una tipicidad legal o social y que emanan solamente de la autonomía de la voluntad del oferente; siendo así que los elementos esenciales del contrato atípico ofrecido, no puedan estudiarse sino una vez la oferta se hubiere realizado⁹.

Ahora bien, es necesario señalar que el objeto de la oferta del contrato atípico puro deberá cumplir con el requisito relativo a la determinación efectiva del mismo. Por lo que no podrá ofertarse un negocio jurídico sin determinar la prestación que se ofrece. Además los elementos generales del contrato atípico se verán cumplidos al determinarse que las prestaciones cumplen con la norma imperativa dispuesta para ello.

Así mismo, los contratos atípicos puros, deberán contener siquiera los elementos que permitan diferenciar el negocio jurídico ofrecido de aquellos que se encuentran tipificados por el ordenamiento y cuyas prestaciones son extrañas y emanan solamente de la autonomía

⁹ Pues al estarse efectuando un juicio para verificar si las prestaciones resultan ser extrañas a las tipificadas por el ordenamiento jurídico, no puede predicarse elemento alguno del negocio jurídico, hasta tanto este se proponga; pues antes no resulta ser objeto de calificación jurídica, pues el ordenamiento jurídico no lo contempla más que como una mera posibilidad.

de la voluntad del oferente, entendiendo que de lo contrario, la figura negocial se vería inmersa en una conversión hacia alguna figura típica del ordenamiento jurídico, por considerarse que esta no resulta extraña, caso en el cual, habrá de verificarse si aquel negocio ofrecido cuenta con los elementos esenciales que se han exigido para aquel.

Por último, para los contratos atípicos de tipicidad social, deberá especificarse los elementos que, a la luz de la figura contractual tipificada por la costumbre, distinguan y caractericen la figura contractual, de acuerdo a las características que determinan su finalidad.

Referencias

Arrubla Paucar, J. A. (1992). *Contratos mercantiles*. Segunda edición. Medellín, Colombia: DIKE.

Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Contratos mercantiles*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Legis.

Camacho López, M. E. (2005). Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revist@e-Mercatoria, volumen 4 (1)*. <http://datateca.unad.edu.co/contenidos/102805/contratosAtipicos.pdf>. ISSN:1692-3960.

Castro De Cifuentes, M (2009). *Derecho de las Obligaciones: Tomo I*. Bogotá, Colombia: Temis.

República de Colombia. Código Civil.

República de Colombia. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial T. XLVII de mayo 31 de 1938. P. 570.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia 4473 del 8 marzo de 1995, M.P. Pedro Lafront Pianetta.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 6462

Cubides Camacho, J. (2005). *Obligaciones*. 5ª Edición ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

- De Castro, F. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid, España: Civitas.
- Ferri, L (2001). *La autonomía privada*. España: Comares.
- Gete, A. & Calera, M. (1979). *Estructura y Función del Tipo Contractual*. Barcelona, España: Bosch.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Pablo Emilio Manotas, diciembre 5 de 1956. Gaceta Judicial 2179. Página 320.
- Masnatta (1960). *El Contrato Atípico*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot
- Gastaldi J. M. (1995). *Contratos*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Ennecerus (1950). *Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Bosch.
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2005) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Temis.
- Parra Benítez, J. (1990) *Manual de derecho civil*. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Temis.