

LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA

ALVARO JESUS GUERRERO GARCIA

11

Trabajo de Grado presentado como
requisito para optar al título de
ABOGADO.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA • DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TÉCNICOS

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PASTO, 1983

7N
T
346.02
934
Ej. 1

PRESIDENTE DE TESIS:
DOCTOR RODRIGO NELSON ESTUPINAN

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 340429
Valor \$3.000
Fecha 11-12-86

Ej.
Vol.
Dea.
Canje.
Comp.

Libreria.....

A MIS PADRES

GONZALO GUERRERO B. Honestidad, honradez.
Persección de ideas.

ZOLA Ad perpetua memoria.

PRESIDENTE HONORARIO:

ISAAC Melancolía encarnada.

DOCTOR GONZALO GUERRERO B.

A MI SEÑORA

MARIA TERESA

A MI HIJO

GONZALO FELIPE

A MIS HERMANOS

A MIS PADRES

AGRADECIMIENTO

GONZALO GUERRERO B. Honestidad, honradez,
forjación de ideales.

Con sentimientos de admiración y respeto, agradezco
al Doctor **RODRIGO NELSON ESTUPIÑAN V.**, sus enseñan-

ZOILA Ad perpétum memoriam.

zas y dirección decisivas en mi formación profesional.
ISABEL Maternidad encarnada.

A MI SEÑORA

MARIA TERESA

EL AUTOR

A MI HIJO

GONZALO FELIPE

A MIS HERMANOS

AGRADECIMIENTO

Con sentimientos de admiración y respeto, agradezco al Doctor RODRIGO NELSON ESTUPIRAN V., sus enseñanzas y dirección decisivas en mi formación profesional.

EL AUTOR

CONTENIDO

Pág.

PREAMBULO

PRIMERA PARTE

RESERVA HISTORIA DE LAS COMUNICACIONES

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales, deberán considerarse como propias del autor".

CAPITULO II

LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE EXPRESAR IDEAS

Artículo 70, Acuerdo 108 de 1965. Reglamento Interno de la Facultad de Derecho.

CAPITULO III

INVENTOS Y MEDIOS DE COMUNICACION

A. La Escritura

B. Empleo de signos

C. La imprenta

D. El Correo

E. La Máquina de Escribir

F. El Gramófono y el Fonógrafo

G. El Telégrafo

H. La Máquina Télex

I. La Radiotelefonía

J. El Micrófono

K. La ore espacial y los satélites

SEGUNDA PARTE

LOS ACTOS JURIDICOS

CAPITULO I

CONTENIDO

EL ORDEN JURIDICO

23

CAPITULO II

EL HECHO JURIDICO, EL ACTO JURIDICO Y EL NEGOCIO JURIDICO

Pág.

27

PREAMBULO

28

A. El Acto Jurídico

30

PRIMERA PARTE

C. El Negocio Jurídico

30

RESEÑA HISTORICA DE LAS COMUNICACIONES

CAPITULO III

CAPITULO I LA FORMACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

33

GENERALIDADES

4

CAPITULO IV

CAPITULO II LOS SUJETOS DEL ACTO JURIDICO

37

LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE EXPRESAR IDEAS

6

A. El Sujeto del Acto Jurídico

38

CAPITULO III

B. El Sujeto del Acto Jurídico

41

INVENTOS Y MEDIOS DE COMUNICACION

7

CAPITULO V

A. La Escritura LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURIDICOS

74

B. Empleo de signos

7

CAPITULO VI C. La Imprenta

8

LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO

D. El Correo

9

E. La Máquina de Escribir Voluntad.

10

F. El Gramófono y el Fonógrafo Manifestación de Voluntades.

11

G. El Telégrafo

13

H. La Máquina Télex Por la Exteriorización

14

I. La Radiotelefonía Manifestación de la voluntad expresa

15

J. El Micrófono Manifestación de la voluntad tácita o presunta.

17

K. La era espacial y los satélites

18

	Pág.
SEGUNDA PARTE	52
LOS ACTOS JURIDICOS	53
CAPITULO I	56
EL ORDEN JURIDICO	23
CAPITULO II	58
EL HECHO JURIDICO, EL ACTO JURIDICO Y EL NEGOCIO JURIDICO	27
A. El Hecho Jurídico	29
B. El Acto Jurídico	30
C. El Negocio Jurídico	30
CAPITULO III	61
LA FORMACION DE LOS ACTOS JURIDICOS	33
CAPITULO IV	62
LOS SUJETOS DEL ACTO JURIDICO	37
A. El Sujeto del Acto Humano	38
B. El Sujeto del Acto Jurídico	41
CAPITULO V	64
LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURIDICOS	44
CAPITULO VI	65
LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO	49
A. La Manifestación de la Voluntad.	49
1. Clases de Manifestación de Voluntades.	50
a. Por la Exteriorización	50
1. Manifestación de la voluntad expresa	51
2. Manifestación de la voluntad tácita o presunta.	51
b. Por las exigencias legales en la voluntad.	51

	Pág.
TERCERA PARTE	
1. Consensuales.	52
2. Solemnes	53
LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA	
c. Por el número de voluntades.	56
CAPITULO I	
2. Formas de manifestar voluntades.	56
B. EL OBJETO.	58
LOS CONTRATOS SOBRE EL OBJETO	
1. Teorías sobre el objeto	58
A. CONCRETO	
a. Teoría del objeto jurídico concreto.	58
b. Teoría del objeto jurídico genérico.	59
B. ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES	
c. Teoría del objeto -fin práctico-	60
1. Sujeto Activo.	
2. El Objeto jurídico específico. Elementos	61
3. Sujeto Pasivo.	
a. Los de la esencia.	62
b. Los de la Naturaleza.	62
c. Los accidentales.	62
h. Prestación de hacer.	63
h. Prestación de no hacer.	63
CAPITULO VII	
LOS CONTRATOS COMO ACTOS JURIDICOS	64
A. LOS ACTOS JURIDICOS UNIPERSONALES.	64
1. Los Actos Jurídicos unipersonales simples.	65
2. Los Actos Jurídicos unipersonales complejos.	66
3. La promesa pública de premio.	67
B. LAS CONVENCIONES.	68
C. LOS CONTRATOS en la Legislación Colombiana.	69
1. Los contratos en el Derecho Moderno.	
1. Noción de Contrato.	70
2. Requisitos de existencia y validez de los contratos.	72
b. El Acto Jurídico unipersonal.	73
c. El hecho ilícito.	74
d. El enriquecimiento sin causa.	75

	Pág.
	Pág.
CAPITULO III	
TERCERA PARTE	94
LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA	96
CAPITULO I	96
UBICACION DEL TEMA	74
CAPITULO II	97
LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES	79
A. CONCEPTO DE OBLIGACION.	81
B. ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES	82
1. Sujeto Activo.	82
2. Sujeto Pasivo.	83
3. La Prestación	84
a. Prestación de dar.	84
b. Prestación de hacer.	85
c. Prestación de no hacer.	85
4. El Objeto. Requisitos.	86
5. LA CAPACIDAD	86
a. Que sea posible.	86
b. Que sea lícito.	86
c. Que sea determinado.	86
5. La Relación.	87
C. LAS FUENTES DE LA OBLIGACION.	87
1. Las fuentes en la Legislación Colombiana.	90
2. Las fuentes en el Derecho Moderno.	91
C. EL CONSENTIMIENTO	92
a. El Contrato	92
b. El Acto jurídico unipersonal.	93
c. El hecho ilícito.	94
d. El enriquecimiento sin causa.	95

	Pág.
CAPITULO III	
NOCION DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA.	96
A. GENERALIDADES.	96
1. Qué se entiende por Correspondencia.	96
2. Características del Contrato por Correspondencia.	97
a. La Ausencia.	97
b. El uso de medios y mecanismos para exteriorizar la voluntad.	99
B. NOCION DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA.	100
CAPITULO VI	
LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO POR CORRESPONDENCIA.	102
A. QUE PROVENGA DE UNA DECLARACION DE VOLUNTAD.	102
1. La Reserva Mental.	104
2. La Simulación	106
3. Fraude a la Ley.	109
4. Fraude Pauliano.	111
B. LA CAPACIDAD.	112
1. La Noción	112
2. La Incapacidad.	114
a. La Incapacidad general.	114
b. La Incapacidad particular.	118
C. EL CONSENTIMIENTO.	120
LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.	121
1. El Error.	121

	Pág.
1. Negocios absolutamente prohibidos por la Ley	156
I. La enajenación de cosas que están fuera del comercio.	156
II. La enajenación de derechos personalísimos.	157
III. LOS PACTOS SOBRE SUCESION FUTURA.	157
IV. La compraventa entre cónyuges e hijos de familia.	158
2. Negocios relativamente prohibidos por la Ley.	159
I. Enajenación de cosas embargadas por Decreto Judicial.	159
II. Enajenación de cosas litigiosas.	160
b. Ilícitud en el objeto por lesionar el orden público	161
c. Objeto ilícito inmoral	161
E. LA CAUSA.	163
1. La Causa ilícita.	164
2. La falsa causa y el error.	165
3. La falta de causa.	168
4. La Prueba de la causa.	168.
CAPITULO V	
LA FORMACION DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA	170
A. LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO.	172
1. La Propuesta.	172
a. La Oferta.	172
1. Contenido de la Oferta.	173
2. La Aceptación Tácita.	210

	Pág.
2. Sujetos de la Oferta.	179
3. Formas de la Oferta.	179
4. Comunicación de la Oferta.	180
I. Comunicación de la oferta entre presentes.	180
II. Comunicación de la oferta entre ausentes o por correspondencia.	181
5. Duración de la Oferta.	182
I. Duración de la oferta entre presentes.	182
II. Duración de la oferta entre ausentes o por correspondencia.	184
6. La Obligatoriedad de la Oferta.	187
I. Teoría de la no obligatoriedad de la oferta.	188
II. Teoría de la Obligatoriedad de la oferta.	188
III. Obligatoriedad en el sistema legal colombiano.	193
CAPITULO VI	
b. La Pollicitación.	195
1. Clases de Pollicitación	197
I. La Pollicitación simple	197
II. La Pollicitación compromisoria.	197
2. Efectos de la Pollicitación compromisoria.	206
2. La Aceptación.	209
a. Formas de Aceptación.	210
1. La Aceptación Expresa.	210
2. La Aceptación Tácita.	210

	Pág.
3. El silencio como forma de aceptación.	211
b. Términos para aceptar.	214
c. Los efectos de la aceptación.	215
B. EL PERFECCIONAMIENTO DE LAS CONVENCIONES Y CONTRATOS.	219
1. El Perfeccionamiento de las Convenciones y Contratos entre presentes.	219
2. El perfeccionamiento de las Convenciones y Contratos entre ausentes y por correspondencia.	224
a. Teorías para determinar el momento del perfeccionamiento.	225
1. Teoría de la Declaración o aprobación.	225
2. Teoría de la expedición.	226
3. Teoría de la recepción.	227
4. Sistema de la información.	228
b. El sistema del perfeccionamiento en Colombia.	231
C. EL LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.	238
CAPITULO VI	279
EFICACIA Y Oponibilidad de los Contratos.	242
A. LA EFICACIA.	242
LA INEFICACIA.	243
1. Acto Jurídico Inexistente.	244
2. Acto Jurídico Nulo.	249
a. La Nulidad Absoluta.	250
Causales de nulidad absoluta.	252
b. La Nulidad Relativa.	255
Causales de Nulidad Relativa.	256

	Pág.
c. Paralelo entre las nulidades.	257
1. La Declaración y la Legitimación.	257
2. La Ratificación.	261
I. Quiénes están facultados para ratificar.	262
II. Oportunidad para ratificar.	264
III. Forma de Ratificar.	266
IV. Los efectos de la Ratificación.	266
3. La prescripción.	266
d. Efectos de la Declaración de Nulidad.	269
1. Efectos respecto de las partes.	270
2. Efectos respecto de terceros.	274
e. La Ineficacia de los actos jurídicos en el Código de Comercio.	275
1. La Ineficacia.	276
2. La Inexistencia.	276
3. La Nulidad Absoluta.	278
4. La Nulidad Relativa.	278
5. La Nulidad Parcial.	279
B. LA Oponibilidad.	
1. La Inobservancia de los requisitos de publicidad.	282
2. La Inobservancia de las formalidades legales.	282
3. La Falta de requisitos para la existencia y valor del acto.	283
4. La protección de derechos de los terceros.	283
CONCLUSIONES	285
BIBLIOGRAFIA	291

Entre comerciantes los contratos por correspondencia son de los más frecuentes, especialmente los de importación y exportación, las transacciones con títulos valores, cheques viajeros, transacciones, cartas de crédito como **PREAMBULO** y documentos para realizar operaciones de compraventa y en general de comercio internacional. Las cartas de crédito son las que ofrecen mayores garantías, al contraponerse con las otras dos formas de pagar.

El perfeccionamiento de los inventos técnicos de transporte para mover y portear toda clase de maquinarias, vehículos y mercancías de toda especie, en volúmenes y pesos extraordinarios, por tierra, mar y aire, a través de las distintas regiones y el desarrollo de los medios de comunicación por la palabra difundir cultura, estrechar relaciones humanas, intercambiar o adquirir bienes de producción metal mecánica, fabril, agrícola, ganadera y otras actividades que constituyen los comercios nacional e internacional y la tendencia cada día mayor a simplificar las formalidades impuestas por un comercio rápido, acorde con las disposiciones normativas de cada país que regulan la materia, han determinado el incremento de los contratos por correspondencia, que dicho sea de paso, no fueron desconocidos por los antiguos moradores de la tierra, ya que en Roma existieron aunque en forma vaga.

Para la elaboración del presente trabajo, se han consultado los libros de la biblioteca de la Universidad de Chile.
La compleja vida moderna, los afanes competitivos por el dominio económico mundial, el mercadeo y circulación de la riqueza, han hecho surgir como necesarios ciertos sistemas de propaganda y es así como vemos a menudo, en periódicos y revistas, en carteleros y murales, en valles y muchos otros medios, anuncios sobre negocios, fabricación de artículos manufacturados y mercancías de toda clase, circulares, prospectos, planes y ofertas que se dirigen al público en general o a ciertas clases o grupos particulares, formas que constituyen verdaderas peticiones, de que se ha valido el hombre para sus fines. La segunda parte contiene un artículo que a veces de-

Entre comerciantes los contratos por correspondencia son de los más frecuentes, especialmente los de importación y exportación, las transacciones con títulos valores, cheques viajeros, transferencias, cartas de crédito como los instrumentos más ágiles y efectivos para realizar operaciones de compraventa y en general de comercio internacional. Las cartas de crédito son las que ofrecen mejores garantías, al contraponerse con las otras dos formas de pagos, por operaciones sobre el exterior: giro directo y cobranza documentaria.

Los civiles o particulares, de manera continua, utilizando las ofertas, acuerdan contratos con los llamados ausentes, allanándose tácitamente a las condiciones de los planes, comprando o contratando en la misma plaza o a distancia, artículos suntuarios o de primera necesidad, haciendo reservaciones para viajes intercontinentales o simplemente regionales o nacionales, reservaciones para disfrutar o gozar de vacaciones, espectáculos deportivos y teatrales. Se han generalizado las compras y ventas por medio de las ponderadas tarjetas de crédito que administran las entidades bancarias facilitando los negocios y prestación de servicios de diversa índole, con el ventajoso sistema de pago a plazos.

Para la elaboración del presente trabajo, tomamos el tema de LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA, para estudiar si en esta especie concurren los requisitos que generalmente gobiernan los actos jurídicos, en cuanto a su validez, formalización o perfeccionamiento, tiempo y lugares, limitaciones y circunstancias varias.

Para una mejor comprensión y desarrollo el plan general está dividido en tres partes, comenzando por la reseña histórica de las comunicaciones, esquematizando los diversos medios de comunicación, los inventos y recursos de que se ha valido el hombre para esos fines. La segunda parte contiene un estudio más o menos de-

tenido sobre actos jurídicos, en su clasificación, en su formación, autonomía de la voluntad y contratos como actos jurídicos que constituyen las bases para desarrollar el objetivo propuesto, porque de haberse omitido, se dificultaba el conocimiento de la naturaleza de los contratos por correspondencia, objetivo primordial y del cual se ocupa la última parte.

No era lógico avocar el estudio sin ubicar el tema, destacar la importancia de los contratos como fuentes de obligaciones, definir esta especie o emitir una noción para luego determinar los elementos que rigen los contratos en general y en su aplicación específica en los celebrados por correspondencia y en estos, sus etapas, caracteres y consecuencias. El trabajo se remata con el estudio de la oponibilidad y la eficacia de los contratos.

Debemos advertir que el estudio lo hicimos basándonos en los principios universales sobre la Teoría General de los contratos y las obligaciones, el tratamiento que ha dado el Legislador, la Jurisprudencia y la doctrina, esa última por la contribución de los traductores Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta y Arturo Valencia Zea, entre otros.

Conscientes de la complejidad del tema que intentamos analizar y con la convicción plena de que en Derecho, para acertar, no basta solo el esfuerzo personal, nos atrevemos a hacerlo, sin forjarnos la ilusión de que nuestro esfuerzo represente un máximo de acierto.

Así se cree que el hombre puede y debe ser más feliz y más libre que en el es una invención del hombre.

Si el hombre no hubiera sido capaz de inventar, no habría podido y adelantado, es difícil concebir que hubiera podido inventar.

concertar la más rudimentaria sociedad. Posiblemente por aquellos remotos tiempos la población era escasa y los hombres debieron hallarse dispersos por la tierra formando comunidades aisladas, unas de otras. También es racional suponer que cada una de esas comunidades primitivas, tuviera su propio lenguaje hablado, o sea, debían poseer un conjunto de sonidos convencionales conocidos, aceptados y usados por los miembros de esa comunidad para designar objetos y expresar pensamientos. El lenguaje hablado en sus orígenes, se halla rodeado de misterio y no se sabe a ciencia cierta como empezó el hombre de las cavernas o de la prehistoria, a comunicarse por medio del lenguaje hablado. Nada se sabe tampoco sobre las formas de comunicación oral. No ocurre lo mismo con el sistema de la expresión gráfica, cuyos dibujos son muestra elocuente para darnos una idea de los estados anímicos del hombre primitivo, de sus gustos, anhelos, costumbres

PRIMERA PARTE

RESEÑA HISTORICA DE LAS COMUNICACIONES

CAPITULO I

GENERALIDADES

Es lógico suponer que los hombres primitivos debieron sentir una gran necesidad de comunicar sus impresiones y sus sentimientos a sus semejantes y debieron hacerlo por medio de sonidos articulados, es decir, debieron comenzar por designar con un nombre las cosas que veían a su alrededor y a expresar sus ideas con palabras.

Así se cree que el hombre empezó a utilizar el lenguaje hablado, que en sí es una invención auténticamente humana.

Si el hombre no hubiera sido capaz de transmitir sus pensamientos y adelantos, es difícil concebir que hubiera podido planear o

concertar la más rudimentaria sociedad. Posiblemente por aquellos remotos tiempos la población era escasa y los hombres debieron hallarse dispersos por la tierra formando comunidades aisladas, unas de otras. También es racional suponer que cada una de esas comunidades primitivas, tuviera su propio lenguaje hablado, o sea, debieron poseer un conjunto de sonidos convencionales conocidos, aceptados y usados por los miembros de esa comunidad para designar objetos y expresar pensamientos. El lenguaje hablado en sus orígenes, se halla rodeado de misterio y no se sabe a ciencia cierta como empezó el hombre de las cavernas o de la prehistoria, a comunicarse por medio del lenguaje hablado. Nada se sabe tampoco sobre las formas de comunicación oral. No ocurre lo mismo con el sistema de la expresión gráfica, cuyos dibujos son muestra elocuente para darnos una idea de los estados anímicos del hombre primitivo, de sus gustos, anhelos, costumbres y cultura.

Las comunicaciones se consideran los medios, instrumentos y recursos que permiten transmitir ideas y sentimientos de unas personas a otras. Las palabras y las ideas pueden comunicarse por medio de una variadísima serie de medios que el hombre ha inventado en el curso de los siglos. Estos medios debieron iniciarse con el lenguaje, el dibujo y la escritura y en las actuales épocas con los portentosos inventos del telégrafo, el teléfono, la radio, el cine, la televisión y últimamente la electrónica, la más alta técnica que se ha superado con el descubrimiento y utilización de los satélites de variada clase y particularmente de los satélites de las comunicaciones.

Con todos estos aportes de la tecnología, las distancias han disminuido en forma abisma, de manera que en cuestión de segundos se conocen, con mínimas detalles, todos los acontecimientos importantes del diario vivir, que suceden en los remotos confines de la tierra.

CAPITULO II

LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE EXPRESAR IDEAS

Por comunicaciones se consideran los medios, instrumentos y recursos que permiten transmitir ideas y sentimientos de unas personas a otras. Las palabras y las ideas pueden comunicarse por medio de una variadísima serie de medios que el hombre ha inventado en el curso de los siglos. Estos medios debieron iniciarse con el lenguaje, el dibujo y la escritura y en las actuales épocas con los portentosos inventos del telégrafo, el teléfono, la radio, el cine, la televisión y últimamente la electrónica, la más alta técnica que se ha superado con el descubrimiento y utilización de los satélites de variada clase y particularmente de los satélites de las comunicaciones.

La escritura en letras representa, pudiera decirse, el último Con todos estos aportes de la tecnología, las distancias han disminuido en forma súbita, de manera que en cuestión de segundos conocemos, con mínimos detalles, todos los acontecimientos importantes del diario vivir, que suceden en los remotos confines de la tierra.

Se ignora la fecha exacta de la invención del alfabeto, aunque la teoría más acertada afirma que tuvo lugar unos 1.500

años A.C. Se admite que al mismo tiempo que aparece el alfabeto, el hombre dotado de grandes facultades de imaginación, crea nuevos sistemas de intercambio, como el uso de señales por medio del fuego y del humo, que les permitía transmitir mensajes de gran alcance. Los romanos utilizaron grandes espejos que reflejaban los rayos solares y con la ayuda de un código de señales, enviaron órdenes militares y administrativas a las ciudades y a las autoridades. En China, los chinos utilizaban y usan hoy en día

CAPITULO III

INVENTOS Y MEDIOS DE COMUNICACION

A. LA ESCRITURA.

La historia del proceso del perfeccionamiento de los signos convencionales, de su evolución hacia formas más precisas y objetivas que permitieran una fácil comunicación, fue la su peración de la pictografía, o representación directa de la realidad de las cosas; significó un progreso la sustitución de la pictografía -escritura por diagramas-, por la escritura ideográfica en la que el signo sugiere únicamente el nombre de lo representado. Posteriormente, se pasó a la escritura fonética, en la que cada signo representa una sílaba. La escritura en letras representa, pudiera decirse, el último estado de la evolución.

B. EMPLEO DE SIGNOS.

Se ignora la fecha exacta de la invención del alfabeto, aunque la teoría más acertada afirma que tuvo lugar unos 1.500 años antes de Cristo. En el Continente Europeo se utilizó el alfabeto del siglo IV y los latinos

años A.C. Se admite que al mismo tiempo que aparece el alfabeto, el hombre dotado de asombrosa imaginación, creó nuevos sistemas de intercambio, como el uso de señales por medio del fuego y del humo, que les permitía transmitir mensajes de diversa índole. Los romanos utilizaron grandes espejos que reflejando los rayos solares y con la ayuda de un código de señales, enviaron órdenes militares y administrativas a los ejércitos y a las autoridades. En Africa los nativos enviaban y aún hoy existen tribus que envían mensajes por la percusión de sus tambores. En los imperios precolombinos de los Incas, Mayas y Aztecas fueron conocidos los mensajeros o "chasquis" entrenados en atletismo para grandes recorridos portando mensajes de los soberanos. Estos "chasquis" cuando tenían que recorrer trayectos de más de un centenar de kilómetros, eran relevados por otros hasta llegar a su destino final. Se realizaba solo en diez meses. En el año de 1.960, un decenio más tarde la producción mundial de libros, incluyendo a Europa se acercó a la milena.

c. LA IMPRENTA. Los diestros y el rico ascendente, sólo en libros, sin contar revistas y otras publicaciones, en cada día.

Según se afirma, no se sabe con exactitud quién inventó la imprenta, ni cuándo, ni dónde y hasta hay disputas sobre el particular. Antes de que se conociera en Europa este medio de comunicación y divulgación de la cultura, se dice que los chinos ya imprimían. Los precedentes inmediatos los sitúan hacia el año 868, porque dicen que se conserva un texto de Wang Chih, en grabados de madera y en alto relieve. En el siglo XI el herrero chino Pi Sheng había utilizado caracteres para cada letra, separados y empleando como material la madera. Así mismo, se sostiene que otro chino Lhang-Shi compuso una reducida enciclopedia. La correspondencia o conjunto de cartas se divide en dos tipos o categorías, a saber: cartas comerciales.

En el Continente Europeo a mediados del siglo XIV imprimieron

cartas para el juego de naipes, utilizando unas planchas patrones y con este mismo procedimiento imprimieron toscos libros de dibujos. Los holandeses se atribuyen el invento sosteniendo que se debe a Laurens Cöster. Italianos y franceses propugnan o señalan a determinados compatriotas como los descubridores de la imprenta. Mas la crítica y el consenso universal discierne ese honor a Juan Gutemberg quien pudo satisfacer sus grandes anhelos al imprimir la Biblia en el año 1.456. A partir de allí se generalizó este medio de comunicación del pensamiento en forma intensa, como así lo indican los registros estadísticos mundiales, porque según éstos, antes del año 1.500 Europa producía libros al ritmo de mil títulos por año; cuatro y medio siglos más tarde, en 1.950, la producción había crecido alcanzando la cifra de ciento veinte mil títulos anuales. Esto quiere decir que lo que antaño requería un siglo, se realizaba solo en diez meses. En el año de 1.960, un decenio más tarde la producción mundial de libros, incluyendo a Europa se acercó a la abismal cifra de mil títulos diarios y el ritmo ascendente, sólo en libros, sin contar revistas y otras publicaciones, es cada día mayor.

DE. EL CORREO O DE ESCRIBIR.

El vocablo significa que como correo se entiende el servicio público dentro de un estado, que se encarga de la correspondencia, o sea del conjunto de cartas, despachos o notas que intercambian las personas y las instituciones entre sí, cartas y despachos que deben enviarse para luego distribuirlos a sus destinatarios. La correspondencia o conjunto de cartas se divide en dos tipos o categorías, a saber: cartas comerciales

y cartas familiares. Las primeras se caracterizan por su claridad y concisión. Los hombres que se entregan al comercio, no disponen, de ordinario, de tiempo para la lectura de cartas extensas y a veces confusas. Entre las cartas de tipo comercial se hallan aquellas en que se demandan empleos o colocaciones, cartas de ventas, de pedidos, de propaganda, circulares que se envían a las personas que se supone están interesadas en la adquisición de determinados productos o servicios, las cartas de cobranza, circulares que van a los deudores para que descarguen o cubran sus obligaciones pendientes. En cambio, las cartas familiares no tienen el rigorismo ni la concisión de las comerciales, ya que se destinan para volcar sus sentimientos íntimos y afectos, sin limitación alguna. Sholes vendió la patente a un industrial de apellido Remington, quien se hizo. En resumen, la carta es un mensaje escrito que una persona dirige a otra, valiéndose de un intermediario o utilizando el servicio público que es garantizado por el Estado o, en otros casos cumplido por empresas privadas a las cuales el Estado les otorga la concesión, supervigiéndolas en la prestación del servicio. Lo al que le hizo varias mejoras y se asoció con la firma "Underwood". Existían máquinas de monotype y de linotype, como también las eléctricas que escriben en forma paralela.

E. LA MAQUINA DE ESCRIBIR.

Antes de que el italiano Guisepe Rivazza produjera la primera máquina de escribir de reconocida utilidad práctica, varios curiosos construyeron diferentes máquinas de escribir de difícil manejo y la calidad de los tipos mecanografiados era tan pobre que más de un hombre de negocios, de carácter impulsivo estuvo tentado a lanzarlas, como se dijera por la ventana. Por esta razón y por aquella época se prefería emplear la escritura manuscrita. Grabarse. El ruido no se ve, pero se oye. La

Giuseppe Rivazza construyó su primera máquina de escribir a principios del siglo XIX y a la cual la denominó "Piano de Escribir", porque tenía un teclado que recordaba al instrumento musical. Una de las desventajas de esta máquina, consistía en que al operador le era imposible apreciar lo que estaba escribiendo, porque el papel estaba colocado de manera que permanecía oculto. Sin embargo, contaba con dos aditamentos muy útiles; un timbre que sonaba al final de cada línea y una cinta impregnada de tinta. La primera máquina que recibió el nombre de máquina de escribir, fue inventada por el periodista estadounidense Christopher Sholes, con la colaboración de dos colegas. Sholes vendió la patente a un industrial de apellido Remington, quien se hizo famoso por la producción en serie de esta clase de máquinas. Por el año de 1.905 se producían otras máquinas de escribir en la proporción de una por minuto. El inventor alemán Franz Wagner -quien trabajó algún tiempo con la "Remington"- produjo otro modelo al que le hizo varias mejoras y se asoció con la firma "Underwood". Existen máquinas de monotipo y de linotipo, como también las eléctricas que escriben en forma pareja.

F. EL GRAFONO Y EL FONOGRFO.

En el campo de la experimentación, todos sabemos que el sonido se desvanece con suma rapidez. Tan pronto se oye y ya desaparece. Sin embargo, el hombre pudo comprobar que entre los ruidos, y entre los ruidos, los sonidos, son vibraciones susceptibles de grabarse. El ruido no se ve, pero se oye. La

historia refiere que en 1.857 el Inglés León Scott sintió curiosidad por saber la manera cómo temblaba y vibraba su voz en su garganta y tuvo la ocurrencia de obtener alguna imagen de esas vibraciones. Así, pues, tomando un pedazo de badana y insertó un fragmento de cerda, cuyo extremo libre descansaba sobre una hoja de papel cubierto de hollín que se deslizaba por debajo. Al gritar, la cerda escribía o trazaba gruesas líneas en valvén, pero hablando en voz baja, apenas se movía dejando huellas casi imperceptibles. Había descubierto la fonografía. Esas líneas no podían, desde luego, repetir las palabras o sonidos, pero mostraban la sonoridad y rapidez de la experiencia. El antecedente de Scott estuvo reservado para que el más grande de los inventores intuitivos, que apareció veinte años después, Tomás Edison, hiciera revivir la voz, para volver a oírla en forma más perfecta. Las primeras grabaciones las realizó utilizando en vez del papel cubierto con hollín, hojas de papel de estaño y en lugar de la cerda, una aguja o punta de acero. El maravilloso invento de Edison por medio del cual se reproduce, con toda exactitud, la voz de una persona entendiendo las palabras de la misma manera que si la persona volviera a hablar, hizo que se aplicara a la correspondencia. Bastaba que dos personas poseyeran cada una la máquina grabadora de los sonidos, para que por este medio se pusieran en correspondencia, pues el fonograma que una imprimía lo madaba a la otra que colocándolo en su aparato oírlo, con toda fidelidad, claridad y precisión lo que la primera quiso dar a conocer. Una aguja móvil marcaba su mensaje con puntos y rayas sobre una cinta de papel. En Inglaterra Carlos Wheatstone inventó el fonógrafo como es obvio admitir, podía prestar los mismos servicios que un mensajero portador de recados y con mayor eficacia, porque reproduce hasta el timbre de voz. Por otra parte, la existencia de fonogramas impresos en discos, son

Indudablemente, cuando menos, un principio de prueba, en casos de conflictos por relaciones jurídicas.

En varios países europeos como Inglaterra, Francia, Alemania y en los Estados Unidos de Norteamérica, el fonógrafo ha sido un instrumento comercial de gran importancia y se puede decir que constituye la fuente remota de las hoy tan corrientes grabaciones magnetofónicas, llamadas a ser medios probatorios de indiscutible eficacia. Un comerciante en el caso de utilizar esta especie de comunicación guarda los fonogramas que imprime como parte de su correspondencia mercantil, cumpliendo así lo dispuesto por el Artículo 60 del Código de Comercio, que obliga a los comerciantes a conservar, cuando menos por diez años, los libros y papeles de que habla el Título IV "De los Libros de Comercio".

G. EL TELEGRAFO.

A principios del Siglo XIX, los hombres de ciencia descubrieron la forma de generar la electricidad mediante el uso de sustancias químicas y conocieron la relación existente entre la electricidad y los imanes. Se cuenta que los profesores alemanes Gaus y Gweber instalaron una línea experimental en sus laboratorios de la Universidad de Gotinga y que su compatriota Steinhell de Munich inventó un telégrafo registrador, en el que una aguja móvil marcaba su mensaje con puntos y rayas sobre una cinta de papel. En Inglaterra Carlos Wheatstone inventó el telégrafo eléctrico. Pero en definitiva, fue Samuel Morse, un pintor neoyorquino quien haciendo un viaje de estudios de arte por Europa, durante su travesía en una conversación, los contertulios se dedicaron a tratar el tema de la electrici-

dad. Morse escuchó con atención cuanto decían los demás. Uno de los pasajeros enseñó un imán que adquirió en Europa y describió algunos de los experimentos que había presenciado en París. Otro preguntó con qué velocidad viajaba la corriente eléctrica por un alambre: "virtualmente instantánea", le contestaron. Morse se recordó los experimentos hechos cuando fue estudiante en la Universidad de Yale. Allí aprendió que cuando se interrumpe un circuito, aparecía o se formaba un fulgor y fue cuando se le ocurrió que las interrupciones podían usarse como señales y medios de comunicación. Este fue el principio que sirvió de base para el telégrafo utilizando el alfabeto Morse. El 24 de Mayo de 1.884 la señorita Ellsworth, colocándose al transmisor, en uno de los salones de la Corte Suprema del Capitolio de Washington, envió a Alfredo Vall, colocado al otro extremo de la línea, en Baltimore, este primer mensaje: "Qué nos ha enviado Dios?", -pasaje tomado de la Biblia-. El telégrafo de Morse se convirtió desde luego en el medio para que a través de una red de comunicaciones se unieran los continentes.

El telégrafo, pues, ha alcanzado un extraordinario perfeccionamiento; se usa en todo el mundo civilizado y las comunicaciones se hacen en breve tiempo. Es, al igual que el correo, un servicio público que controlado por el Estado tiene mayor eficiencia.

H. LA MAQUINA TELEX

La máquina télex envía en cuestión de minutos una carta a cualquier parte del mundo. Por este invento, puede leerse una carta a miles de kilómetros de distancia en el mismo instante en que se escribe.

Un télex envía las cartas por teléfono. Cualquier mecanógrafa es capaz de utilizar la máquina télex. Simplemente debe marcar el número télex de la persona a quien va a dirigirse y al recibir la señal de la máquina receptora, está lista, escribe su mensaje. En esta forma la carta es enviada y recibida simultáneamente sin que exista el peligro de pérdida como puede ocurrir con aquellas cartas que se portean por correo. El sistema télex es mejor en muchos aspectos que el teléfono, porque no se corre el riesgo que por falla de la línea telefónica, sobre todo a grandes distancias, se interprete erróneamente cualquier palabra. Además, la máquina télex recibe el mensaje en forma automática, sin necesidad de que exista persona en el aparato receptor, como así ocurre cuando se habla por teléfono. Kilómetros. Marconi recibió muchas distinciones y el premio Nobel de Física en 1909.

I. LA RADIOTELEFONIA.

Se ha inferido que el radar tuvo su origen en la observación. El escocés James Clerk Maxwell descubrió la existencia y naturaleza de las ondas del radar, así como la ley de la repartición de velocidades. Cristóbal Colón, es decir, en las sonoras de frecuencias altas. Gracias a sus órganos receptores. Habiéndose apreciado la importancia del descubrimiento de Maxwell varios científicos, se dedicaron al estudio de la forma de producir artificialmente ondas electromagnéticas, esforzándose para aplicarlas en comunicaciones a distancia. El alemán Heinrich Hertz logró reproducir ondas de radar en su laboratorio hacia el año 1887. Inventó un aparato de alta tensión con interruptor de control y excitador que con dos esferas metálicas pequeñas entre las cuales pueden pasar chispas eléctricas y producir las ondas de Hertz o Hertzianas. Con este aparato demostró que cuando el excitador producía una centella, otra. En 1935 los ingleses Watson y Watt, diseñaron los primeros

chispa pasaba a través del detector. Estos experimentos pueden considerarse como los primeros relacionados con las comunicaciones telegráficas sin hilos, el radar. Aquí también aparecen las bases de la radio.

Tres años más tarde, cuando Inglaterra se preparó para la Se-

En los descubrimientos a los cuales nos hemos referido, tiene preponderancia la experiencia de Guillermo Marconi nacido en Bolonia -Italia-. Este científico trabajó en un laboratorio de física de la Universidad. Pensó en la posibilidad de enviar mensajes por aire, sin utilizar cables telegráficos y después de varias experiencias comprobó que sí era posible conseguir comunicaciones inalámbricas como así ocurrió el 12 de Diciembre de 1.911 con un mensaje transmitido a más de 3.500 kilómetros. Marconi recibió muchas distinciones y el premio Nobel de Física en 1.909.

Se ha inferido que el radar tuvo su origen en la observación de la conducta de animales como los delfines y los murciélagos que emiten sonidos que no son susceptibles de captarse por el oído humano. Estas criaturas emiten ultrasonidos, es decir, ondas sonoras de frecuencias altas. Gracias a sus órganos receptores especialmente sensibles, recogen el eco, seleccionan los diversos impulsos que reciben y así establecen, sin verlo, la forma y características de un obstáculo.

Después de las experiencias realizadas por Hertz en 1.887 y por Righi en 1.894, sobre las ondas electromagnéticas y su capacidad de reflejarse y retornar al lugar de origen, el hombre resolvió imitar a la naturaleza inventando el aparato localizador que funcionara con las ondas de radio.

En 1.935 los Ingleses Watson y Watt, diseñaron los primeros

planos del radar, nombre originado de las iniciales de la frase inglesa "Radio detection and ranging" que significa "Radio indicador y medidor de distancias".

Tres años más tarde, cuando Inglaterra se preparó para la Segunda Guerra Mundial, se colocaron aparatos de radar en sus grandes unidades de la flota y estaciones de radar a lo largo del Támesis.

El radar se utilizó con éxito no sólo como radio localizador sino que fue útil y decisivo para señalar la dirección precisa de los objetivos enemigos.

El funcionamiento del radio localizador o radar, consiste en lanzar hacia el objeto cuya presencia se busca, llamado "blanco del radar", ondas electromagnéticas extra cortas o microondas, distintas de las sonoras. Se emiten a impulsos regulares y el mismo aparato que recibe los "ecos del radar" o sea las mismas ondas reflejadas por el objeto localizado. La velocidad de estas ondas es igual a la de la luz, 300.000 kilómetros por segundo.

J. EL MICROFONO.

Al hablar de la técnica al servicio del hombre se debe mencionar el micrófono, artefacto eléctrico de gran utilidad en las comunicaciones. El micrófono es el aparato que transforma las vibraciones sonoras en impulsos eléctricos. En la actualidad se aplica en la telefonía y en el campo de la electroacústica, para el registro de sonidos.

Se conocen varios tipos como el llamado micrófono de carbón, el electromagnético y el micrófono de cristal, todos fundados en el principio de la inducción electromagnética.

K. LA ERA ESPACIAL Y LOS SATELITES.

La realización de uno de los sueños más ambicionados del hombre, Cuando el hombre inventó el telescopio y comprendió que la tierra es uno de los planetas que giran alrededor del sol, siguió explorando el universo y descubrió las leyes que conforman la astronomía. Se puede decir que Tycho Brahe de Dinamarca, Joahannes Kepler de Alemania y Galileo Galilei de Italia, revolucionaron la astronomía y sentaron las leyes para investigar el funcionamiento del universo, tal como lo concibe el hombre.

La insatisfecha sed de conocimientos y aspiraciones, influyó en novelistas como Julio Verne, para la creación de obras que se ocuparan en describir travesías imaginarias extraterrestres, que sirvieron como hitos de la astronáutica que se ocupa de los movimientos de las astronaves y el empleo de cohetes, dotados de motores especiales para viajes al espacio.

Constantin Tsiolkovsky, matemático ruso, en 1.903 divulgó un tratado sobre viajes espaciales, sugiriendo el uso de los cohetes. Robert Goddard en 1.926 lanzó al espacio el primer cohete, impulsado por combustible líquido. Así se inició la aerodinámica que se aplicó a la cohetaría durante la Segunda Guerra Mundial, en la cual los alemanes dispararon el "V-2", primer cohete supersónico. Los rápidos progresos de la aerodinámica hicieron posible que los rusos el 4 de octubre de 1.957, pusieran en órbita el "Sputnik 1". De allí han seguido los viajes espaciales ininterrumpidos, que puede decirse, son frecuentes. Los viajes

espaciales, tripulados o no tripulados, son varios, empezando por aquel en que "Laika", una perra, fue el primer ser vivo que en 1.958, viajó por el espacio y el mayor de la Fuerza Aérea Soviética Yuri A. Gagarin, el primer astronauta.

Para capacitar a los futuros astronautas se construyeron náu-

El 20 de julio de 1.969 constituye el punto de partida en la realización de uno de los sueños más ambicionados del hombre, viajar y llegar a la luna, proeza que cumplieron los astronautas Neil Armstrong y Edwin Aldrin en un módulo tocando la superficie de la luna, mientras Michael Collins permanecía en el módulo de comando, logrando éxito completo al regresar a la tierra.

Las grandes potencias se empeñaron en ganar unas a otras la carrera espacial.

Antes de la conquista de la luna, el 30 de Mayo de 1966 fue lanzado el "Surbeyor 1" que alunizó en el "Mar de las Tormentas". Después de un suave descenso envió a la tierra miles de fotografías que revelaron un suelo de aspecto rocoso, sembrado de numerosos cráteres, confirmando que la luna tenía suficiente solidez como para soportar el peso de vehículos espaciales tripulados.

El lanzamiento del "Surbeyor 1", fue la primera de una serie de sondas con aparatos de pruebas lunares, lanzado por los Estados Unidos para investigar y conocer las condiciones lunares. El 31 de Marzo de 1.966, los rusos pusieron en órbita lunar el "Lunik X 10".

Para conquistar planetas como la luna, se necesitaba, desde

luego, una gran habilidad de los seres humanos para adaptarse a condiciones fuera de la atmósfera terrestre, lo mismo que para poder resistir la aceleración que afectaría el cuerpo humano en el momento mismo del despegue de la plataforma de lanzamiento. Para capacitar a los futuros astronautas se construyeron máquinas especiales que sirvieron para un entrenamiento adecuado.

A la fecha, muchos países, en la llamada "era del espacio" y con aplicación de las leyes de la aerodinámica, la bioastronáutica y la electrónica han puesto en órbita numerosas naves espaciales y satélites, acondicionándolos con instrumentos y autómatas, para obtener la mayor información en todos los campos de la ciencia.

En cuanto a las comunicaciones, es cosa sabida que en el mes de Agosto de 1.964 se formó la "Corporación Internacional de Telecomunicaciones Satélite" -"INTELSET"- que administra el uso de los satélites artificiales empleados por la transmisión trans-oceánica de las llamadas telefónicas y aún, programas de televisión de alcance mundial, como ha ocurrido en las transmisiones de los Juegos Olímpicos, actos políticos, reuniones de distinta índole e información de las distintas actividades en el mundo.

El primero de los satélites fue el "Telestar" colocado en órbita en 1.962 y el "Pájaro Madrugador" en 1.965.

Posteriormente, se colocaron tres satélites más, para conformar una red mundial de comunicaciones.

Durante la exposición de Telecomunicaciones Internacionales celebrada en Ginebra a fines de 1979 se predijo que los progresos

futuros serían de gran magnitud. Lo cierto es que se han logrado avances significativos y Colombia no ha estado al margen de estas conquistas. En efecto, y hoy puede enorgullecerse de contar con una red casi completa de comunicaciones, porque allí están "Telecom" que como empresa nacional de telecomunicaciones tiene los servicios de telefonía de larga distancia nacional y de larga distancia internacional; telegrafía en sus dos formas: nacional o internacional; télex en dos modalidades; transmisión y recepción de programas de televisión, que internacionalmente se facilita a través de la estación terrestre de "Chocontá", para comunicaciones vía satélite; transmisión y recepción de programas de radio, nacional e internacional y que se facilita a través del alquiler de los canales telefónicos. Últimamente, el Presidente de "Telecom" Hernán González Sorsano ha reiterado que el proyecto "Sarcot", continúa como posibilidad de un sistema de satélite que operaría para el incremento de las relaciones del Grupo Andino, posibilidad que se mantiene después de haberse declarado desierta la Licitación de "Satcot".

No obstante el desarrollo de las comunicaciones en nuestro país, en el campo rural, urbano e internacional, hay que deplorar que los Estados Unidos detentan un monopolio de la telecomunicación espacial que lo ha convertido en dictador o jerarca de las telecomunicaciones y de la televisión mundial como instrumento universalizador de la noticia visual.

En el momento histórico que vive la humanidad se ha caracterizado "una batalla diplomática" con el fin de orientar el uso de los satélites según la participación de los distintos estados del continente y de acuerdo a su intervención y poderío. Hasta el momento Estados Unidos en el Continente Americano tiene el monopolio de las comunicaciones intercontinentales por vía satélite, vale

la pena recordar a manera de ilustración, que con ocasión de los Juegos Olímpicos de Moscú, toda América no gozó de las imágenes que en el evento se desarrollaron, todo ello por razones de tipo político provenientes del bloqueo que se dirigió en contra de Rusia.

El contenido y alcance del tema que estamos desarrollando, nos obligó a destacar en esta reseña, todos los aspectos históricos de los inventos y medios de que se vale el hombre para comunicarse con sus semejantes y consecuentemente para contratar o llevar a cabo actos que a la postre van a incidir en el campo de lo jurídico.

CAPÍTULO I

EL ORDEN JURÍDICO

Como presupuesto básico de la existencia del orden jurídico, hay que tener en cuenta que la convivencia humana, sólo es posible cuando se acepta en beneficio mutuo, ciertas limitaciones a nuestra libertad y se establecen tácita o expresamente, determinadas normas de conducta.

El orden jurídico parte de lo justo con entronque causal en la equidad. De lo jurídico con raíces en los procesos racionales de la especulación. No existe lo justo fuera de la equidad, como no existe lo jurídico fuera de la razón normativa del Derecho.

Esta reflexión se nos ocurre por cuanto que es el estudio del De-

recho la ciencia que satisface los interrogantes sobre la naturaleza, existencia y funcionamiento del orden jurídico.

De ésta se desprenden conclusiones tan precisas, como aquella de que el Derecho es la base o sustento ineludible para la normal y continua convivencia humana. Esta razón es tan convincente que en nuestro tiempo implica como necesaria la intervención de un ordenamiento jurídico eficiente que evite excesos, abusos de poder y conjure todas aquellas situaciones de hecho que conculquen los principios tutelados y protegidos por el Derecho.

SEGUNDA PARTE

Cuando en la sociedad **LOS ACTOS JURIDICOS** que perturba la humana convivencia, es la sociedad la que sufre menoscabo por las graves consecuencias. La humana convivencia, como ya se dijo, sólo es posible cuando aceptamos limitaciones a la libertad y establecemos determinadas normas de conducta. La moral tiene un ámbito cierto y reglas de conducta, de contenido tanto positivo como negativo y cuyo cumplimiento como incumplimiento se retribuye con la estimación o la censura de nuestros conciudadanos. Las leyes civiles igualmente

CAPITULO I

EL ORDEN JURIDICO

Como presupuesto básico de la existencia del orden jurídico, hay que tener en cuenta que la convivencia humana, sólo es posible cuando se acepta en beneficio mutuo, ciertas limitaciones a nuestra libertad y se establecen tácita o expresamente, determinadas normas de conducta.

El orden jurídico parte de lo justo con entronque causal en la equidad. De lo jurídico con raíces en los procesos racionales de la especulación. No existe lo justo fuera de la equidad, como no existe lo jurídico fuera de la razón normativa del Derecho.

Esta reflexión se nos ocurre por cuanto que es el estudio del De-

recho la ciencia que satisface los interrogantes sobre la naturaleza, existencia y funcionamiento del orden jurídico.

De éste se desprenden conclusiones tan precisas, como aquella de que el Derecho es la base o sustento inmovible para la normal y continua convivencia humana. Esta razón es tan convincente que en nuestro tiempo implica como necesaria la intervención de un ordenamiento jurídico eficiente que evite excesos, abusos de poder y conjure todas aquellas situaciones de hecho que conculquen los principios tutelados y protegidos por un sistema de Derecho.

Cuando en la sociedad se presenta un acto que perturba la humana convivencia, es la sociedad la que sufre menoscabo por las graves consecuencias. La humana convivencia, como ya se dijo, sólo es posible cuando aceptamos limitaciones a la libertad y establecemos determinadas normas de conducta. La moral tiene un ámbito cierto y reglas de conducta, de contenido tanto positivo como negativo y cuyo cumplimiento como incumplimiento se retribuye con la estimación o la censura de nuestros conciudadanos. Las leyes civiles igualmente establecen normas de análogo contenido pero exigibles ante los tribunales de orden civil, cuando se les desconoce, cuando irrogan perjuicios. Es así como los tribunales para restablecer el Derecho, para hacer efectivo su cumplimiento, llega a utilizar medios de coacción estatal. En este orden de ideas la misma Ley Penal se circunscribe a señalar áreas prohibitivas.

La renuncia tácita o expresa que implica la realización de la conducta humana, lleva a la conclusión natural que los actos humanos deben estar regulados por un orden jurídico normativo que emane de la Ley, o que puede provenir de la costumbre, que constituyen, verdaderas fuentes formales del Derecho.

Es igualmente cierto que es el poder político ejercido directamente por el Estado, a través de sus organismos especializados el que elabora el orden normativo aplicable a la comunidad en general o a personas y grupos en particular. Ese poder se desprende del concepto de dominio o fuerza que la misma nación reconoce a un grupo, el que con análisis del momento histórico y de la conformación social a la que se dirige, elabora y concibe el sistema normativo jurídico-político. estudio y el análisis racional del hombre el que lo ha llevado a aceptar el ordenamiento jurídico, como un presupuesto básico.

El sistema jurídico-político tiene operancia en la sociedad gracias a las normas, es decir, a aquellas reglas de conducta que según el decir de Giorgio del Vecchio "son imperativos hipotéticos", significando de esa manera que el Derecho en su esencia se ubica en la categoría de los imperativos que tendrán aplicación o ejercicio siempre que se cumplan las hipótesis previstas. De esta manera se puede diferenciar a la norma jurídica de las simples normas morales, de aquellas otras de carácter técnico o de aquellas estructuradas para hacer viables los juegos en sus distintas especies, porque en principio, una norma es un enunciado en el que se prescribe una conducta y dentro de ella pueden existir aquellas que regulan los juegos tales como el uso de uniformes en los equipos; otras encaminadas a regular el comportamiento del individuo con el debido decoro dentro de la sociedad; otras que no tienen nada que ver ni con la moral, ni con lo jurídico y que están llamadas a producir efectos positivos en la relación del hombre con la naturaleza. Por su parte, dentro del amplio universo de las normas se encuentran unas de gran importancia que por un lado describen determinadas conductas o presupuestos, y por otro, imponen consecuencias en el caso de que la conducta humana se llegue a circunscribir en la hipótesis prevista. Las consecuencias bien pueden ser las sanciones -penas, medidas de seguridad o multas-, o también pueden ser la causa de una situación jurídica, verbigracia el nacimiento o la extinción de un Derecho.

Esta categoría de normas son las que interesan a nuestro estudio, cuando quiera que logren tener eficacia o vida y logren poner en movimiento al ordenamiento jurídico, evento que tiene ocurrencia cuando se dan las situaciones de hecho protagonizadas por los individuos de la especie humana, o también cuando se dan los hechos físicos o naturales cuyo objetivo o sujeto es el hombre.

Es el estudio y el análisis racional del hombre el que lo ha llevado a aceptar el ordenamiento jurídico, como un presupuesto básico de la convivencia humana.

Cuando en el acápite anterior hacíamos referencia a la estructura de la norma jurídica, observábamos que en ella concurren o prevalecen dos partes importantes y distintas: un antecedente o supuesto y una consecuencia o resultado, situación que no siempre se da, toda vez que en el Derecho positivo existen disposiciones que únicamente definen, como ocurre con el texto del Artículo 713 del Código Civil Colombiano que contiene el concepto de "accesión", o el Artículo Primero del Código Civil Ecuatoriano que expresa "Ley es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite", o también en el párrafo quinto del Título Preliminar de este último Código, bajo el rubro: "Definición de varias palabras de uso frecuente en las Leyes", que contiene los conceptos de infante, lapdber, mayor, menor, consanguinidad, afinidad, hermanos carnales, me
dios hermanos, representantes legales de las personas, etc.

Por otra parte, en las distintas codificaciones se encuentran simples declaraciones retóricas que consagran o plasman deseos del Legislador y no una norma jurídica en sentido estricto del vocablo.

como ocurre con el Artículo 113 del C.C.C., que define el matrimonio civil: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Podemos afirmar que en los distintos códigos sustantivos, de los cuales algunos son leyes extensas y sistematizadas que abarcan un amplio conjunto de normas referidas a una materia determinada -Código Civil, Penal, Laboral, Administrativo, Fiscal, etc-, no con-

CAPITULO II
EL HECHO JURIDICO, EL ACTO JURIDICO Y EL NEGOCIO JURIDICO
ciones, anhelos o deseos del Legislador; otras imponen directamente la consecuencia y otras, proponen enunciados o supuestos jurídicos.

Cuando en el acápite anterior hacíamos referencia a la estructura de la norma jurídica, observábamos que en ella concurren o prevalecen dos partes importantes y distintas: un antecedente o supuesto y una consecuencia o resultado, situación que no siempre se da, toda vez que en el Derecho positivo existen disposiciones que únicamente definen, como ocurre con el texto del Artículo 713 del Código Civil Colombiano que contiene el concepto de "accesión", o el Artículo Primero del Código Civil Ecuatoriano que expresa "Ley es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite", o también en el parágrafo quinto del Título Preliminar de este último Código, bajo el rubro: "Definición de varias palabras de uso frecuente en las Leyes", que contiene los conceptos de infante, impúber, mayor, menor, consanguinidad, afinidad, hermanos carnales, medios hermanos, representantes legales de las personas, etc.

Resumiendo el análisis que se ha hecho del primer elemento de la norma jurídica, podemos afirmar que en ella se expresa la voluntad del Legislador y no una norma jurídica en sentido estricto del vocablo, pues ésta es la consecuencia o resultado de la voluntad del Legislador.

como ocurre con el Artículo 113 del C.C.C., que define el matrimonio civil: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Podemos afirmar que en los distintos códigos sustantivos, de los cuales algunos son leyes extensas y sistematizadas que abarcan un amplio conjunto de normas referidas en una materia determinada -Código Civil, Penal, Laboral, Administrativo, Fiscal, etc-, no contienen solamente normas jurídicas en sentido estricto, sino definiciones, anhelos o deseos del Legislador; otras imponen directamente la consecuencia y otras, proponen enunciados o supuestos jurídicos.

Partiendo de los hechos jurídicos y siguiendo el criterio de trata Tomando a la norma positiva en su cabal concepto de la dualidad y la fusión de sus dos partes integrantes: supuesto y consecuencia y desligándolos el uno del otro, tenemos que al primero se le denomina "hecho jurídico".

El hecho jurídico tiene relación sustancial con la consecuencia o resultado y ésta para que tenga operancia en el campo de aplicación del Derecho, debe darse con cierta fuerza o coacción que se imponga a las conductas humanas determinadas, en los distintos casos, por la autoridad que se radica en el Estado que con poder legítimamente constituido hace que sean eficaces ya por la imposición de una pena, de una medida de seguridad, o la adquisición de derechos subjetivos o la adquisición de un estado o calidad, como el de hijo legítimo o hijo extramatrimonial.

Resumiendo el alcance que se le debe dar al primer elemento de la norma jurídica, encontramos que en ella siempre se sobreentiende una conducta humana, esto es: "hechos de la vida real de las personas dotados de eficacia jurídica" y que puede ser la causa para

crear o dar nacimiento a un Derecho, de modificarlo o extinguirlo y cuya principal consecuencia es la de un derecho subjetivo.

Así pues, dentro del grupo de los hechos jurídicos se encuentran todos aquellos actos provenientes del comportamiento humano o que tengan que ver con el hombre naturalmente considerado. Un hecho jurídico sería el nacimiento de una persona o la muerte de la misma; el transcurso del tiempo con sus consecuencias directas, ya que el tiempo puede ser la base para adquirir o definir una mayoría de edad, el vencimiento de una obligación, etc., destacándose los provenientes de la voluntad de las personas, como los contratos y los delitos.

En la volición o querer del agente, es decir, que la norma jurídica partiendo de los hechos jurídicos y siguiendo el criterio de tratadistas y doctrinantes se pueden clasificarlos así: hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico según que en ellos intervenga o no la voluntad del ser humano. Por tanto así se especifican los hechos que de una u otra manera repercuten en el campo del Derecho y que son capaces o eficaces para crear, extinguir, trasladar y modificar un Derecho. El negocio jurídico "es el acto cuya voluntad se encamina

directa y reflexivamente a la producción de los efectos jurídicos. Para una mejor comprensión terminológica es necesaria la delimitación de la trílogía jurídica, para darle a cada término su propio alcance. En actos que sin estar previstos, cumplen con este esencial elemento. Queremos decir que para que existan en el plano jurídico estos negocios, es presupuesto indispensable la voluntad.

A. EL HECHO JURIDICO. Este se orienta a la producción de las consecuencias o efectos jurídicos previstos por la Ley, o según hemos dicho que el primer elemento de la norma es el hecho jurídico que se fundamenta o estructura gracias a la observación y a la necesidad de regular la conducta humana, para aplicarle, llegado el caso, las consecuencias. Sin embargo, hay que reparar que la doctrina ha entendido por hecho jurídico hasta

el "simple hecho de la naturaleza física" como sería el aluvión, la muerte de las personas, etc.

El tríptico que comentamos ha sido simplificado por la doctrina francesa cuando estudia dos categorías: el hecho jurídico y el acto jurídico, dejando de lado el negocio jurídico. Este criterio se ha prolijado por nuestros tratadistas quienes indistintamente utilizan los dos vocablos "negocio y acto jurídico" para significar que en ellos estuvo presente la voluntad para la producción de los efectos o consecuencias jurídicas y que en la trinaría, el acto jurídico es un acto voluntario del que se derivan consecuencias o efectos jurídicos pero con independencia en la volición o querer del agente, es decir, que la norma jurídica es la que va a señalar su alcance, tal como ocurre con el delito.

Es de observar que los Legisladores colombiano y ecuatoriano, adoptan el criterio francés -cosa singular- consignan en el

C. EL NEGOCIO JURIDICO.

Título II, Libro IV los "Actos y Declaraciones de Voluntad". Finalmente, negocio jurídico "es el acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de los efectos jurídicos" ¹ / . Es claro que esta categoría de actos se encuentra regulada en las distintas codificaciones sustantivas, y existen actos que sin estar previstos, cumplen con este esencial elemento. Queremos decir que para que existan en el plano jurídico estos negocios, es presupuesto indispensable la voluntad que en forma reflexiva se oriente a la producción de las consecuencias o efectos jurídicos previstos por la Ley, o acep-

¹ / OSPINA Fernández Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Op. Cit. P. 4.

² / VALENCIA Zea Arturo. Derecho Civil, Tomo I, Op. Cit. P. 463.

tados por la costumbre.

El tríptico que comentamos ha sido simplificado por la doctrina francesa cuando estudia dos categorías: el hecho jurídico y el acto jurídico, dejando de lado al negocio jurídico. Este criterio se ha prolijado por nuestros tratadistas quienes indistintamente utilizan los dos vocablos -negocio y acto jurídico- para significar que en ellos estuvo presente la voluntad para la producción de los efectos o consecuencias jurídicas y que en lo relacionado con el hecho jurídico, se concretan en los hechos puramente físicos o naturales que producen efectos en el campo jurídico, como también los actos producto de la voluntad y cuyas consecuencias son creaciones de la Ley, con independencia en el querer del sujeto.

Es de observar que los Legisladores colombiano y ecuatoriano, adoptan el criterio francés -cosa singular- consignan en el Título II, Libro IV los "Actos y Declaraciones de Voluntad". Sin embargo, tratadistas de la calidad de Arturo Valencia Zea han elaborado una teoría del acto jurídico, tomando en consideración el negocio jurídico, quien lo entiende como "aquel hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad de los particulares que, por sí o unidos con otros requisitos, persiguen un determinado efecto jurídico". 2/

Comprendiendo la terminología jurídica aplicable para la identificación de los factores que pueden dar origen a las distintas situaciones jurídicas, seguiremos la orientación de la Le-

2/ VALENCIA Zea Arturo. Derecho Civil, Tomo I, Op. Cit. P. 463.

gislación francesa que ha sido acogida por la doctrina colombiana, relativa a los conceptos de acto jurídico, hecho jurídico y sus correspondientes alcances, sin perjuicio de que utilicemos el término negocio jurídico como sinónimo de su equivalente.

CAPITULO III

LA FORMACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

Se ha dicho que los actos jurídicos son resultado de la actuación del hombre con voluntad reflexiva. Tales actos implican un proceso psicológico que analizamos someramente.

El proceso psicológico reviste extraordinaria importancia por la complejidad de sus factores y la simultaneidad en su realización. Materialmente, no se puede dividir un fenómeno psicológico en sus diferentes y distintas partes, porque todos ellos se encuentran inter-relacionados, o sea, sometidos a las leyes de la sinergia, de cooperación o asociación de movimientos y actos para la producción o cumplimiento de una función. Idealmente se puede hacer una separación de los procesos psicológicos. Se pueden trazar secuencias partiendo de la sensación hasta la percepción; de la percepción de los objetos sobre los cuales se dirige la atención, se retiene su aspecto en la memoria, se integra la impresión a través del conocimiento, que nos permite su reconocimiento; se conecta con la impresión de nuestras asociaciones, que estimulan las emociones, la imaginación y el pensamiento, respondiendo a todos estos procesos con la inteligencia.

Todas estas funciones se entrelazan mediante los centros coordinados del cerebro. Sin embargo, los enlaces que aparecen como función organizadora, seleccionadora, integradora y directora, es un enlace no mucho más complejo. Lo que percibimos, lo que llama nuestra atención, lo que se conserva en la memoria, experimentamos y recordamos, las asociaciones que hacemos, las emociones y sus manifestaciones, nuestro tipo de imaginación y de pensamiento y el grado de inteligencia en nuestras respuestas, dependen del factor que es la conducta motivación.

CAPITULO III

LA FORMACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

Se ha dicho que los actos jurídicos son resultado de la actuación del hombre con voluntad reflexiva. Tales actos implican un proceso psicológico que analizamos someramente.

El proceso psicológico reviste extraordinaria importancia por la complejidad de sus factores y la simultaneidad en su realización. Materialmente, no se puede dividir un fenómeno psicológico en sus diferentes y distintas partes, porque todos ellos se encuentran inter-relacionados, o sea, sometidos a las leyes de la sinergia, de cooperación o asociación de movimientos y actos para la producción o cumplimiento de una función. Idealmente se puede hacer una separación de los procesos psicológicos. Se pueden trazar secuencias partiendo de la sensación hasta la percepción; de la percepción de los objetos sobre los cuales se dirige la atención, se retiene su aspecto en la memoria, se integra la impresión a través del conocimiento, que nos permite su reconocimiento; se conecta con la impresión de nuestras asociaciones, que estimulan las emociones, la imaginación y el pensamiento, respondiendo a todos estos procesos con la inteligencia.

Todas estas funciones se entrelazan mediante los centros coordinados del cerebro. Sin embargo, los enlaces que aparecen como fenómeno organizador, seleccionador, integrador y director, es un fenómeno no mucho más complejo. Lo que percibimos, lo que llama nuestra atención, lo que se conserva en la memoria, aprendemos y reconocemos, las asociaciones que hacemos, las emociones y sus reacciones, nuestro tipo de imaginación y de pensamiento y el grado de inteligencia en nuestras respuestas, dependen del factor que se denomina motivación.

El estudio de los actos jurídicos lo ubicamos en la motivación

El vocablo "motivación" proviene del latín que significa "lo que pone en movimiento", esto es, lo que impulsa a la acción o a asumir determinada conducta. De tal suerte que la motivación conlleva la pregunta del por qué se realiza o se pretende realizar un determinado acto, como por ejemplo del por qué se compra, por qué se forma una sociedad, por qué se elabora un testamento; por qué se comete un delito como un hurto. Obra, pues, los motivos y los estímulos.

El acto jurídico se caracteriza por ser intelectual, que partiendo de la idea concebida por el sujeto, se combina con or-

No se puede desconocer ni poner en duda, que los actos humanos sociales, para su explicación integral, exigen el examen de su mecanismo puramente síquico y su repercusión en el medio exterior en que se produce. Todo acto consciente del hombre encierra tres elementos que en realidad de verdad no son otra cosa que tres fases del mismo fenómeno: la voluntad que puede producir modificaciones externas; la intención representada por el fin inmediato del acto y por último, el motivo o la motivación, fin lejano o remoto en fuerza del cual se quiso un acto.

La motivación puede provenir de las emociones, de uno de estos dos tiempos: agradable o desagradable; de las que producen

placer o dolor; de las de tipo intelectual y que bien pueden provenir de distintos intereses, ideales y propósitos. En cuanto al interés por ejemplo tenemos que la actitud de un trabajador en una empresa donde labora, se relaciona con el éxito en ella obtenido. En lo concerniente a los ideales, ellos pueden ser los motivos que determinan la escogencia de una carrera para conseguir título universitario de médico, de ingeniero, etc., o para contraer matrimonio.

través de instituciones como los "vicios del consentimiento", traducidos en el error, la fuerza y el dolo.

El estudio de los actos jurídicos lo ubicamos en la motivación intelectual, porque en ella se encuentran en forma preponderante los motivos de un interés, como la adquisición de un bien para su aprovechamiento; los motivos ideales como la obtención de un título de abogado para actuar profesionalmente con un alto sentido de ética con vocación al bienestar social.

La formación del acto jurídico parte de un proceso sicofísico, cuya primera fase se caracteriza por ser intelectual, que partiendo de la idea concebida por el sujeto, se combina con otras con el actuar de la razón, llegando a aceptar aquella o aquellas que se acomodan a los motivos determinantes y que son eficientes para "poner en movimiento la voluntad libre del agente, y producida la volición si está llamada a trascender del fuero interno, se exterioriza conforme a la naturaleza del acto de que se trate", 3/ presentándose de esa manera la segunda fase en cuanto a la formación misma del acto jurídico que ya es el producido por la actividad física del sujeto o

3/ OSPINA Fernández Guillermo, OSPINA Acosta Eduardo.
Teoría General de los actos o negocios jurídicos, Op.
Cit. Pág. 27.

actor, quedando el acto impregnado de consecuencias jurídicas previstas por la Ley o aceptada por la costumbre.

Cumplido el proceso sicofísico y exteriorizado a la esfera social, ese acto debe tener eficacia jurídica con el alcance que los mismos agentes le han señalado y que la Ley ha previsto, tutelando en primer lugar a la comunidad y secundariamente al particular a través de instituciones como los "vicios del consentimiento", traducidos en el error, la fuerza y el dolo.

LOS SUJETOS DEL ACTO JURIDICO

El término sujeto se emplea en las distintas disciplinas, dándole un alcance diferente en cada una de ellas, pero acudiendo a la lógica tradicional, "sujeto es aquello de lo cual se dice o se predica algo", o lexicológicamente es el "ser del cual se enuncia alguna cosa".

En el tema de los actos jurídicos, su sujeto no es únicamente el racional -Kant- o sea el ser que de acuerdo con los principios de la moderna ciencia de la persona humana, corresponde a la persona total que responde a toda exigencia naturalística y filosófica, según el bien conocido principio tomístico, por el cual "el hombre es un compuesto unitario cuerpo-álma, formando una única sustancia mientras está vivo" ^{4/}, sino que también abarca a otros entes que sin los componentes del distico, son sujetos por ficción de la Ley.

^{4/} DI TULLIO, Benigno. Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense, Op. Cit. Pág. 3.

Desarrollando el tema, comenzamos por diferenciar al sujeto del acto simplemente humano de aquel que tiene una importancia en el ámbito jurídico porque de éste se desprenden las consecuencias jurídicas, reguladas por la Ley.

A. EL SUJETO DEL ACTO HUMANO.

CAPITULO IV

El acto humano, en cuanto trasciende al mundo externo, comprende la noción de movimiento. El acto humano, como acto natural se rige por las leyes físicas, anatómicas y fisiológicas, a diferencia del acto humano que se rige por la psicología.

Es oportuno manifestar que independientemente de la actividad humana concurren hechos naturales que se gobiernan exclusivamente por las leyes físicas. Unos y otros tienen carácter lógico tradicional, "sujeto es aquello de lo cual se dice o se predica algo", o lexicológicamente es el "ser del cual se enuncia alguna cosa".

En el tema de los actos jurídicos, su sujeto no es únicamente el racional -Kant- o sea el ser que de acuerdo con los principios de la moderna ciencia de la persona humana, corresponde a la persona total que responde a toda exigencia naturalística y filosófica, según el bien conocido principio tomístico, por el cual "el hombre es un compuesto unitario cuerpo-alma, formando una única sustancia mientras está vivo" 4/, sino que también abarca a otros entes que sin los componentes del dístico, son sujetos por ficción de la Ley.

4 / DI TULLIO, Benigno. Principios de Criminología Clínica y Siquiatría Forense, Op. Cit. Pág. 3.

Desarrollando el tema, comenzamos por diferenciar al sujeto del acto simplemente humano de aquel que tiene una importancia en el ámbito jurídico porque de este se desprenden las consecuencias jurídicas, reguladas por la Ley.

A. EL SUJETO DEL ACTO HUMANO.

El acto humano, en cuanto trasciende al mundo externo, comprende la noción de movimiento. El acto humano, como acto natural se rige por las leyes físicas, anatomofisiológicas, a diferencia del acto humano que se rige por la psicología. Es oportuno manifestar que independientemente de la actividad humana concurren hechos naturales que se gobiernan exclusivamente por las leyes físicas. Unos y otros tienen características que los diferencian y que pueden tener repercusiones jurídicas para el hombre, ya que éste puede ser sujeto en cualesquiera de las situaciones. pues que una situación vigente hoy, mañana es modificada. Como creaciones del hom

Se ha dicho por los doctrinantes que los actos humanos a diferencia de los hechos o sucesos naturales, no se presentan con esa certidumbre, continuidad y eficacia que responderían a precisiones matemáticas; esto quiere decir que si un hecho se da como resultado de ciertas causas, ese mismo hecho se repetirá de manera fatal cuando concurren las mismas causas y las mismas condiciones que originaron al primero. Los actos del hombre a diferencia de los naturales o físicos, no se presentan con la misma certidumbre y regularidad, y así es como se concibe que si bajo un determinado régimen se consagra la pena de muerte en otros, como en Colombia no rige porque desde el Gobierno de José Hilario Urdinola y la fuerza mayor. En este mismo orden de ideas, el

López en 1.853, fue abolida y posteriormente por virtud del Acto Legislativo No. 10, de 1.910 se reiteró su abolición; si en legislaciones como en la nuestra no se ha consagrado el divorcio vincular para los matrimonios católicos, en otras como en la ecuatoriana sí es aceptado; si en remotas épocas existió la esclavitud al ser considerado el hombre como cosa, hoy se rechaza universalmente por ser considerada injusta, atentatoria contra los derechos del hombre.

ser, se presentan consecuencias jurídicas, como la transferencia. Las normas que gobiernan los actos jurídicos, como concepciones del hombre, son el reflejo de las estructuras sociales que actúan en un determinado momento histórico, en un territorio determinado y bajo un sistema económico imperante.

De lo anterior se desprende que las normas de tipo jurídico no son universales, tienen un ámbito y aplicación locales; no tienen eficacia permanente, pues que una situación vigente hoy, mañana es modificada. Como creaciones del hombre son mutables y pueden ser violadas. Las leyes físicas se sirven de los hipotéticos de necesidad, esto es, que pueden ser falsas o verdaderas en la medida en que ellas se ajusten a los factores y causas determinantes.

Por lo expuesto, se concluye que existen actos o hechos que son consecuencia de las leyes físicas v.gr. las tormentas, los eclipses, los fenómenos de la combustión, etc. Los actos referidos pueden relacionarse directamente con situaciones jurídicas como el caso de la tormenta que puede ser la causa de la pérdida de bienes, siembras, etc., que dan base para la expedición de las instituciones del caso fortuito y la fuerza mayor. En este mismo orden de ideas, el

3. hombre es consecuencia o resultado de leyes biológicas y físico-químicas que determinan el nacimiento o la muerte. La vida se sostiene, valga el caso, mientras existe el equilibrio perfecto biológico y físico-químico y la muerte se produce por la grave ruptura de ese equilibrio. Estos hechos que se gobiernan por las leyes naturales tienen efectos en el campo jurídico, porque con el nacimiento del ser humano se convierte en titular de derechos; a la muerte del mismo ser, se presentan consecuencias jurídicas, como la transferencia de los derechos patrimoniales a los herederos. Es igualmente un hecho físico, con resultados de Derecho, el transcurso del tiempo en cuanto a la fijación de la mayor edad que lo capacita para el pleno ejercicio de sus derechos.

Volviendo al acto humano, observamos que la unión sico-física que integra al hombre, atendiendo a su constitución, temperamento y carácter, es la que lo capacita para realizar actos que no pueden hacerlos los seres que carecen de esos componentes como lo son los de la especie animal y los inertes. Un infante, un anciano, una mujer, un hombre, un esclavo, un capitalista, un anormal, un mendigo pueden realizar actos como los de alimentarse, trasladarse, divertirse, etc., que no revisten importancia jurídica y de los cuales no se desprenden situaciones de esa índole, es decir que no se pone en movimiento el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto hay que deducir que si sujeto es aquel ser de quien se dice o se predica algo, o a quien se le imputa un acto que tiene resonancia, tenemos que sujeto de un acto humano es todo ser de esta especie que haga algo o se le atribuya un hecho que puede o no ser jurídico.

B. EL SUJETO DEL ACTO JURIDICO: "sujos".

Analizando el concepto se presentan equívocos cuando algunos se empeñan en dar igual significado o contenido al hombre como miembro de la especie y al de persona en sentido jurídico. Esta apreciación se explica porque vulgarmente se los ha identificado, cuando la identificación podía ser parcial, ya que si bien el Derecho reconoce esta calidad a todos los individuos de la especie humana, ella se ha extendido a otros seres en quienes no concurren los elementos esenciales, sino que existen por ministerio de la Ley, como ficción. consecuencias ya previstas en la Ley. Su personificación y existencia Persona en estricto sentido jurídico es aquella que tiene capacidad o aptitud como sujeto de derechos y obligaciones. El individuo de la especie humana es persona mientras goce de esa capacidad y la conserve. antes de carácter abstracto, inmaterial, sin existencia corpórea. Son concepciones y creaciones. En el antiguo Derecho Romano, los esclavos perdían la calidad de persona porque: "la condición jurídica del esclavo era la de bien patrimonial sujeto al poder absoluto de su dueño o amo (dominus)". 5/ De igual manera, individuos de la especie humana pierden su capacidad y sus derechos en casos excepcionales, como cuando mediante decisión judicial se declara la muerte por presunción por desaparecimiento, figura prevista en los artículos 96 y 66 de los Códigos Civil Colombiano y Ecuatoriano, respectivamente. Caso similar ocurre en los países que instituyen la "muerte civil", extensiva a ciertas órdenes religiosas como la de San Bruno, funda-

La razón de esta dualidad en las personas, mira, más que to-
5/ MEDELLIN J. Carlos. Lecciones Elementales de Derecho Romano.
Op. Cit. Pág. 11.

102.
dor de la orden de los "Cartujos".

Si la principal característica de las personas y de la personificación, está en la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones, observamos en el diario transcurrir de la existencia que en la escena jurídica actúan dos clases de entes jurídicos: los antropomórficamente constituidos y aquellos que por virtud de la ficción legal se elevan a la categoría de personas con el adjetivo de morales o jurídicas para distinguirlas de aquellas. Las personas jurídicas actúan a menudo en la sociedad, ejerciendo actos que comportan consecuencias ya previstas en la Ley. Su personificación y existencia no puede desconocerse, ya que cualquier planteamiento en sentido contrario, sería inútil, baldío.

Las personas jurídicas son entes de carácter abstracto, inmaterial, sin existencia corpórea. Son concepciones y creaciones humanas, refrendadas por la Ley y con objetivos que deben cumplirse dentro de la sociedad. La personalidad en esta clase específica, es una consecuencia lógica, ideal, no ya de naturaleza -como así sucede con las personas físicas- sino de consideraciones prácticas que exigen la disposición de actitudes jurídicas. Tal es el caso de las compañías, organizaciones mercantiles que exigen la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones, encaminándolos a sus objetivos; lo mismo debe predicarse de las instituciones de Derecho público, de la Nación, de los Departamentos, los Municipios y de la Universidad.

La razón de esta dualidad en las personas, mira, más que todo, a un criterio funcional jurídico que a elementos natura-

les.

De lo expuesto se concluye que tanto los individuos de la especie humana, en su conjunto antropomórfico, como las fictas, llevan una personalidad definida como titulares de derechos y obligaciones.

CAPITULO V

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURIDICOS

Cuando en el apartado segundo de este capítulo nos referimos al acto jurídico, vemos que su principal elemento es la voluntad que se encamina a producir efectos jurídicos. Ahora nos corresponde analizar no el proceso de la formación de la voluntad, ni tampoco la manifestación de la misma como elemento del perfeccionamiento, sino el alcance que tiene o las incidencias a que pueda llegar la voluntad privada en un acto o negocio jurídico, para lo cual es necesario tener presente el tratamiento que las distintas escuelas le han dado.

En primer plano es indispensable comprender el concepto que se ha denominado "Autonomía de la voluntad".

Hemos dicho que los asociados en un principio para lograr una convivencia, expresa o tácitamente cedieron parte de sus derechos para que sea un poder jurídico político legítimamente

constituido el que gobernare sus actos, promulgando ordenamientos positivos y exigibles, asignándoles, al mismo tiempo precisas consecuencias.

Dentro del marco de los derechos que los particulares se reservaron, está el poder o capacidad de regular sus actos y de resolver sus conflictos a través de la "iniciativa privada", razón esta por la que todos los ordenamientos positivos consagran o permiten esta posibilidad en mayor o menor grado y en obediencia a exigencias de carácter económico-social y al momento histórico para el cual fue adoptado.

CAPITULO V

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURIDICOS

Es comprensible que las necesidades de los asociados se satisfagan a través de los actos que en forma voluntaria celebran y a los cuales el Legislador les reconoce eficacia en el campo jurídico.

Cuando en el apartado segundo de este capítulo nos referimos al acto jurídico, vemos que su principal elemento es la voluntad que se encamina a producir efectos jurídicos. Ahora nos corresponde analizar no el proceso de la formación de la voluntad, ni tampoco la manifestación de la misma como elemento del perfeccionamiento, sino el alcance que tiene o las incidencias a que puede llegar la voluntad privada en un acto o negocio jurídico, para lo cual es necesario tener presente el tratamiento que las distintas escuelas le han dado.

En primer plano es indispensable comprender el concepto que se ha denominado "Autonomía de la voluntad".

Hemos dicho que los asociados en un principio para lograr una convivencia, expresa o tácitamente cedieron parte de sus derechos para que sea un poder jurídico político legítimamente

constituido el que gobernara sus actos, promulgando ordenamientos positivos y exigibles, asignándoles, al mismo tiempo precisas consecuencias.

Dentro del marco de los derechos que los particulares se reservaron, está el poder o capacidad de regular sus actos y de resolver sus conflictos a través de la "Iniciativa privada", razón esta por la que todos los ordenamientos positivos consagran o permiten esta posibilidad en mayor o menor grado y en obediencia a exigencias de tipo económico-social y al momento histórico para el cual fue adoptado.

Es comprensible que las necesidades de los asociados se satisfagan a través de los actos que en forma voluntaria celebran y a los cuales el Legislador les reconoce eficacia en el campo jurídico. Esto es lo que se debe comprender como autonomía de la voluntad en los actos jurídicos. Esta tiene directa relación con las condiciones en que se haya dado. Así por ejemplo en las legislaciones primitivas no se concibe una autonomía de la voluntad, ni siquiera se la avisora en forma restringida; igual cosa ocurre en los regímenes autoritarios. En cambio, en los sistemas de tipo liberal la autonomía de la voluntad está consagrada en forma amplia, anotando que las concepciones y tratamiento han variado tanto en el Derecho moderno que vale conocerlas así sea someramente.

Para ese objeto tomamos en cuenta nuestro C.C. en el cual se cristalizan todas las tendencias, porque por una parte, se admite que los asociados pueden celebrar toda clase de actos, siempre que se ajusten a la ley; de allí se desprende que se consagra la autonomía de la voluntad, como fuente creadora de

obligaciones acogiendo el sistema del Derecho Francés que se impregna de las orientaciones de orden racional y liberal; tomando como principio regulador y creador de situaciones jurídicas, la voluntad privada; consecuencia lógica de los principios claves de la Revolución Francesa de 1792 y en la cual al Estado le correspondía cumplir su papel de gendarme para hacer respetar la libre voluntad, dándole la protección, eficacia y firmeza que la buscan los individuos. lo 32 C.H. - siempre que se obra con el respeto a los derechos de los demás; principio tan acertado como que Sin embargo, nuestro ordenamiento sustantivo no se quedó centrado en la orientación filosófica anterior, sino que acogiendo la noción de orden público como "un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de éste", 6/ - cita de Chapeau y Uribe - pueda el Estado cumplir su función reguladora de los actos celebrados por los particulares; los asociados pueden convenir todo aquello que no se halla prohibido por la Ley. Esta es la razón para que se consagra tal norma, atendiendo al principio de "las buenas costumbres" - Art. 1524 C.C. - con el fin de proteger a los particulares y a la sociedad, en una palabra, al régimen de Derecho. En este orden de ideas, la voluntad privada no constituye fuente creadora de obligaciones si se halla en pugna con el ordenamiento legal. Para que produzca efectos, es preciso que en acatamiento al orden jurídico se de legalmente obedeciendo al orden

beneficio común. Un Estado que da al trabajo sus justos derechos y lo ampara, no con el criterio de clase, sino con el criterio
6 / OSPINA Fernández Guillermo y OSPINA Acosta Eduardo. Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos, Op. Cit. Pág. 11.

Jurídico y cuando así se procede, surge la protección efectiva que el Estado le da al acto y que en los supuestos de conflicto se recurre al ejercicio de las acciones procesales que se promuevan ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. El Estado ha dejado de ser un ente pasivo frente a las trascendentes condiciones socio-Constitucionalmente y reafirmado por el Código Civil, se establece y garantiza "la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común..." -Artículo 32 C.N.- siempre que se obre con el respeto a los derechos de los demás, principio tan acertado como que a través de él se logra vivir en ambiente de paz y de justicia social, de equilibrio e igualdad, limitando los posibles abusos que puedan presentarse de parte de un determinado sector y con la estabilidad de los derechos e intereses que tutela la Ley.

El Legislador, con miras a conseguir un clima de convivencia equilibrada y justa, armoniza la vigencia del sistema de la libre determinación de la voluntad y de la iniciativa privada de los asociados, con la moderna tendencia, ampliamente acogida en muchos estados soberanos, llamada del "Intervencionismo estatal". No sobra decir que para orientar la economía colombiana se hace necesario un estado interventor, cuya primera tarea es la racionalización de la economía, es decir, la aplicación de los conocimientos científicos a la dirección y al sentido de la existencia humana. Un estado que haga de la riqueza un bien solidario dando a todos los colombianos participación justa. Un estado que ampara al individuo, al capital, a la propiedad privada, pero siempre que se cumpla con su función social y tengan por fin el beneficio común. Un Estado que de al trabajo sus justos derechos y lo ampare, no con el criterio de clase, sino con el criterio de que él es el primer factor creador de riqueza. Un Estado audaz, capaz de romper la valla de intereses creados en torno a

la miseria colombiana.

Por eso hoy, como es de dominio general, varios estados han dado cabida a esta modalidad de gobierno, porque el Estado ha dejado de ser un ente pasivo frente a las tremendas conmociones sociales y económicas y por eso toma su actitud de supervisor y director para regular las diferentes y complejas situaciones jurídicas. En la actualidad habida consideración de que la iniciativa privada constituye un medio de desarrollo económico y social, instrumento de progreso y coadyuvante para conjurar situaciones de desigualdad e injusticia, el Estado, sin desconocer los valores de la iniciativa privada, ha adoptado el principio de la intervención permanente y a la "economía dirigida". 2/

La intervención estatal se manifiesta en su cabal sentido, cuando para corregir y sancionar los malos manejos de los sectores económicos, empresariales y financieros, como las corporaciones de ahorro y vivienda, procede a intervenirlos para que no atenten contra los derechos de los asociados, contra los intereses de la asistencia social, contra los recursos naturales no renovables, cuando se contamina el medio ambiente.

De lo anterior surge que los dos integrantes del acto jurídico son: manifestación de la voluntad y objeto perseguido por la misma. En síntesis, el ordenamiento jurídico colombiano y en ésta los fundamentos del Código Civil, ha estado siempre atento a las distintas orientaciones filosófico-jurídico, con la única finalidad de conseguir un mejor estar de sus habitantes, en un clima de justicia, paz e igualdad.

2/ Aceptando que la voluntad es elemento esencial que integra el acto jurídico, falta de este no da lugar a la existencia de un verdadero acto jurídico; se estaría en la por-

SACHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Op. Cit. Pág. 331.

ibilidad de encontrar un hecho gobernado por las leyes de la naturaleza o físicas como un terremoto, o con aquellos otros que siendo naturales tienen por sujeto al hombre y sin mediación de la voluntad, tal es el caso de la muerte o el nacimiento, tienen incidencia jurídica.

CAPITULO VI

LOS ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO

Cuando iniciamos el estudio de los actos jurídicos constatamos que ellos se integran por uno o varios acuerdos de voluntad que se encaminan directa y reflexivamente a producir un objetivo: los efectos jurídicos, originando las distintas relaciones jurídicas a través de las consecuencias que les impone la Ley. Estas pueden ser el nacimiento, extinción o modificación de los derechos subjetivos, o también la constitución de un estado o situación jurídica.

De lo anterior surge que los dos integrantes del acto jurídico son: manifestación de la voluntad y objeto perseguido por la misma.

A. LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD

Aceptando que la voluntad es elemento esencial que integra el acto jurídico, la falta de esta no da lugar a la existencia de un verdadero acto jurídico; se estaría en la po-

sibilidad de encontrar un hecho gobernado por las leyes de la naturaleza o físicas, como un terremoto, o con aquellos otros que siendo naturales tienen por sujeto al hombre y sin mediación de la voluntad, tal es el caso de la muerte o el nacimiento, tienen incidencia jurídica.

Para que la manifestación de la voluntad produzca los efectos jurídicos deseados por los sujetos, es necesario que ella se ajuste a las formalidades prescritas por la Ley. Esta, en primer lugar, debe ser conocida o conocible porque si no se exterioriza a través de los mecanismos que le den certidumbre, no sería objeto del Derecho porque se queda en el fuero interno. Sin embargo, bueno es tener en cuenta que la misma voluntad declarada o exteriorizada es aquella que se ha concebido en el fuero interno a través de los procesos de aprensión, motivación y de crítica, que ha logrado por los medios señalados por la Ley, o impuestos por la costumbre, exteriorizarse y ser conocida por los sujetos a quienes va dirigida la relación jurídica, cumpliéndose la publicidad en defensa de los intereses sociales.

1. Clases de manifestación de voluntad.-

En la formación de los actos jurídicos la intervención de la voluntad, la podemos clasificar en tres modalidades así: por la exteriorización, por las exigencias legales y por el número de voluntades que confluyan en el acto.

b. Por las exigencias legales en la voluntad.-

a. Por la Exteriorización.

Cuando de la celebración de los actos jurídicos se decíamos que la voluntad para que produzca efectos

jurídicos debe exteriorizarse, y la exteriorización puede ser expresa o tácita.

sin embargo, existen actos que por su naturaleza, por

1. Manifestación de la Voluntad Expresa.

se observen determinados requisitos, sin los cuales

no Esta se cumple cuando se da a conocer directamente,

se te a quien va dirigida sea por el lenguaje, habla

bas do o escrito o a través de los distintos signos

tes encaminados a producir ese resultado. Esta espe-

lación de declaración es conocida también, por la

los doctrina, como "directa".

1. Consensuales.

2. Manifestación de la voluntad tácita o presunta.

1. Consensuales.

Cuando en el campo del comercio jurídico se pre

senta no una voluntad expresa o directa, esto es,

es, haciendo uso de los mecanismos señalados de

por la Ley, como el lenguaje oral o escrito, pe-

ro que puede ser inferida por el comportamiento

del sujeto, la Ley la admite como expresión de

una voluntad tácita.

de determinadas conductas se estu-

viera expresando una voluntad encaminada a con-

legir efectos jurídicos. Esto se permite y se

ha previsto que la voluntad sea inteligible, de-

clarada sin distinguir que ella se de como expres

sa o tácita.

b. Por las exigencias legales en la voluntad.

Cuando de la celebración de los actos jurídicos se

trata, la Ley ha establecido, como regla general que ellos se celebran sin exigencias de tipo especial; sin embargo, existen actos que por su naturaleza, por su esencia, requieren que para su perfeccionamiento se observen determinados requisitos, sin los cuales no producen efectos frente a la Ley. En este sentido, se hallan aquellos que requieren solemnidades, no bastando el solo acuerdo de voluntades de sus agentes, y otros que por el solo acuerdo, producen la relación siendo la base para que la doctrina distinga los actos solemnes de los simplemente consensuales.

1. Consensuales.-

2. La voluntad consensual obedece al principio del consensualismo que ha tenido gran auge en el Derecho moderno y que ha sido sistema socorrido en casi la totalidad de las legislaciones modernas. El consensualismo obedece a las necesidades de agilizar el comercio jurídico y en él todas aquellas operaciones tendientes a dar desarrollo económico-social en una comunidad. Este mecanismo no fue utilizado en las legislaciones antiguas porque no se podía comprender o aceptar, que a través de determinadas conductas se estuviera expresando una voluntad encaminada a conseguir efectos jurídicos. Esto se permite y se practica en la actualidad gracias a la comprensión y al desarrollo de mecanismos que dan a entender un querer, un deseo o una intención, y

es por eso que el mismo silencio, en varios casos está considerado como un medio de expresión de la voluntad. En nuestro sistema la generalidad es la consensualidad y las excepciones el formalismo o las solemnidades. En consecuencia, si se exigen expresamente el cumplimiento de formalidades especiales, se estaría en presencia de una voluntad solemnizada, y a contrario sensu, se estaría en presencia de una voluntad simplemente consensual. La manifestación de la voluntad consensual, implica que en ella el agente puede hacer uso del mejor mecanismo que le convenga para exteriorizarla. En consecuencia, se recurrió a la forma del contrato "litteralis" que consistía en la obligación de consignar los contratos por escrito. 8/

2. Solemnes.

Las solemnidades obedecen a la necesidad de que las solemnidades, ritualidades o formalidades obedecen a dos causas: al estado de evolución del régimen jurídico imperante y a la necesidad de hacer conocer públicamente un acto, de proteger a los agentes, de darle efectividad y seguridad al acto. En efecto, en el antiguo Derecho Romano el simple acuerdo de voluntades entre los agentes que celebran un contrato, no tenía plena eficacia y para ese efecto se acudió a las solemnidades o ritualidades. Por eso apareció lo que se conoce como el "nexum" que para tener eficacia se lo celebraba en presencia de cinco ciudadanos púberes ante quienes comparecían los contratantes y pronunciaban palabras invariables;

simultáneamente, se procedía a pesar en una balanza el cobre que significaba dinero prestado. Esta ritualidad se utilizó en un comienzo para celebrar el contrato de préstamo de dinero, y posteriormente se generalizó en aquellos contratos que tenían como objetivo la cancelación o el cobro de dineros adeudados. Cámara de Comercio, etc.; otros requirían la instrucción o autorización judicial. Posteriormente se utilizaron términos invariables como "spondio", significando prometer y según el cual se obligaba a cumplir lo pactado. Este término posteriormente fue ampliado a darle un mayor alcance. Igualmente, se recurrió a la forma del contrato "litteris" que consistía en la obligación de consignar los contratos por escrito. 8/

no verdaderas pruebas ante la Justicia.

Las solemnidades obedecen a la necesidad de que los actos celebrados revistan cierta eficacia, como es la publicidad por el conocimiento; la protección de los intereses de los contratantes y la seguridad social por los efectos que el acto esté llamado a producir. Del cumplimiento de las exigencias prescritas por la Ley en la celebración de un determinado acto jurídico, dependerá su efectividad y la oponibilidad frente a los intereses de los terceros. Por esta razón, nuestra Legislación ha acogido el sistema de las formalidades en ciertos actos que por su

8 / MEDELLIN. J. Carlos. Lecciones Elementales de Derecho Romano, Op. Cit. Pág. 124.

d. Por su naturaleza e importancia deben cumplir con esas exigencias, entre las cuales encontramos: la escritura pública, los escritos privados; la inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y en otras oficinas en las que debe operar el registro, como en la circulación y tránsito, en la Cámara de Comercio, etc.; otros requerirán la insinuación o autorización judicial.

Finalmente y con respecto a aquella voluntad que necesita cumplir con formalidades, tenemos que la doctrina ha clasificado a las pruebas que de ella se derivan en "ad-solemnitatem" y "ad-probationem", según que unas se dirigen a demostrar la existencia del respectivo acto y las otras como verdaderas pruebas ante la Justicia.

2. Formas para manifestar voluntades.

En lo atinente a las pruebas formales y aquellas en las cuales se opera el simple consensualismo, el maestro Hernando Devís Echandía expresa: "... desde otro punto de vista, que confunde el acto jurídico con su prueba, se habla de pruebas solemnes y libres o consensuales, según que se exija o no una especial formalidad para la existencia o validez del acto jurídico..." 9/

9/ DEVIS Echandía Hernando. Teoría General de la Prueba, Vol. I. Op. Cit. Pág. 549.

do. Por el número de voluntades. Los no se aceptaban los actos como consensuales, las formas acogidas para autorizar Los actos jurídicos pueden estar celebrados o ser el producto de una sola voluntad, o en ellos pueden intervenir más de dos voluntades, por cuya razón se los clasifican como actos jurídicos unilaterales, bilaterales y plurilaterales según que en ellos intervengan una sola voluntad como los casos de la elaboración de un testamento, aceptación de una asignación sucesoral, reconocimiento de un hijo extramatrimonial, etc.; según que en ellos intervengan dos voluntades como en los contratos, verbigracia el matrimonio; o según intervengan varias voluntades expresas como en las sociedades, corporaciones y fundaciones: dar o negar, las palmadas en escritorios y otros que se usan en diferentes regiones y que se aceptan por la cos-

2. Formas para manifestar voluntades.-

Según lo que hemos dicho anteriormente, la manifestación de voluntades se hace de diferentes maneras y en legislaciones como la imperante en el antiguo Derecho Romano y en algunas otras, no aceptaban que los actos por simples que fueran se celebraran con el solo consentimiento, acogiendo el principio del consensualismo y preponderantemente acogían las formalidades. A medida que se desarrolla el comercio jurídico se hace necesario darle un mayor movimiento y eficacia al simple consensualismo, sin perjuicio para aquellos actos que por su naturaleza, importancia y efectos, se cumplan observando las solemnidades que los identifiquen plenamente y los doten de eficacia jurídica.

En las legislaciones en las cuales no se aceptaban los actos como consensuales, las formas acogidas para exteriorizar la voluntad estaban determinadas y fuera de ellas no se aceptaba ninguna como supletiva. En la actualidad, si bien es cierto que existen solemnidades para ciertos actos, la sola voluntad no las sustituye, lo que quiere decir que siempre deben llenarse a cabalidad. En estos casos la manifestación de la voluntad se sujeta al cumplimiento rígido de las exigencias. Por otra parte, en los actos que se perfeccionan con el consentimiento, la voluntad se exterioriza por los medios de mayor frecuencia como son el lenguaje oral y escrito, admitiendo además, ciertos signos que en un determinado momento los sustituyen, como sería, por ejemplo el movimiento de la cabeza para aceptar o negar, las palmadas en escritorios y otros que se usan en diferentes regiones y que se aceptan por la costumbre. Abren, expresan la voluntad de que se les imponga las consecuencias previstas por la ley. Sin embargo, es necesario retomamos en este subtema lo dicho sobre las voluntades expresas y tácitas. Dentro de la voluntad tácita encontramos el silencio como una forma de expresarla. En otros casos se pretende establecer una situación o relación jurídica que las personas están en la obligación de expresar su voluntad, su querer, sus intenciones empleando el lenguaje oral o escrito y en cuyos casos, si no lo hace, se suele presumir la aceptación o la autorización. sobre el Objeto.

Este sistema tiene un campo de aplicación considerable en la formación de los contratos por correspondencia, que profundizaremos en lo relacionado a la aceptación, la voluntad fue la razón primera en la orientación fi-

ya que con el silencio se pueden presentar graves perjuicios que irían en detrimento de intereses generales y particulares, que este jurídico la fuerza creadora de la situación o relación que ellos deseaban, es decir los particulares. Estos realizaban el acto para obtener

B. EL OBJETO. Los efectos jurídicos por ellos deseados, es decir que para realizar el acto se presuma una relación

Objeto en el acto jurídico es obtener una consecuencia prevista por la Ley y aplicable al acto originado en la manifestación de la voluntad que en forma directa y reflexiva se dirige a ese propósito. Las consecuencias son las relaciones jurídicas que pueden ser la creación, extinción o modificación de los derechos subjetivos o la constitución de un estado o situación jurídica. Jurídico: Jurídico.

Es cierto que los particulares a través de los actos jurídicos que celebran, expresan la voluntad de que se les imponga las consecuencias previstas por la Ley. Sin embargo, es necesario puntualizar si la voluntad debe tomarse totalmente como base de la imposición de las consecuencias; o si los efectos obedecen a otros elementos de juicio. Para responder a estos interrogantes hay que recurrir a las teorías planteadas por la doctrina y cuyo someto estudio tendremos oportunidad de hacerlo.

1. Teorías sobre el Objeto.

a. Teoría del Objeto Jurídico Concreto.

Tomando en cuenta que la libre autonomía de la voluntad fue la razón primaria en la orientación fil-

losófica del racionalismo, esta fue la teoría principal de los juristas y filósofos en el sentido de darle a aquel acto jurídico la fuerza creadora de la situación o relación que ellos deseaban, es decir los particulares. Estos realizaban el acto para obtener los efectos jurídicos por ellos deseados, es decir que para realizar el acto se presumía una relación de causalidad con las consecuencias, correspondiéndole al Estado la función de vigilar la eficacia y efectividad, y sin poder aplicarle consecuencia distinta de la deseada.

b. Teoría del Objeto Jurídico Genérico.-

Como reacción contra las orientaciones filosófico-jurídicas originadas a partir de la Revolución Francesa donde la voluntad autónoma de los asociados era fuente creadora de situaciones jurídicas y de consecuencias que esos mismos actos deberían tener, surge una nueva concepción sobre los efectos que un acto llamado a crear situaciones jurídicas, podría desencadenar. Este es el sistema imperante en las modernas legislaciones, particularmente en nuestra preceptiva, en la cual los actos para que tengan eficacia y produzcan los efectos jurídicos, deben estar acordes con la Ley, no contrariar el orden público ni las buenas costumbres. Ahora bien: los efectos de ese acto no solo se rigen por la voluntad expresa o tácitamente declarada, sino que ellos se cumplen por la aplicación de las normas que en forma supletiva quiere el Legislador que se apliquen,

evitando así que por sorpresa se actúe en perjuicio de los derechos y de los intereses de los particulares y de la sociedad, preservando en esta forma el orden público. La finalidad que no debe confundirse con el objeto.

La finalidad se refiere directamente con la causa

Siempre que los agentes realicen el acto de conformidad con el orden legal, las buenas costumbres y el orden público, ese acto, así cumplido, es fuente fecunda

2. El Objeto de las obligaciones que en él se expresan y de todas aquellas consecuencias establecidas en la preceptiva legal.

Hay que tener en cuenta que en los distintos actos jurídicos que celebran los particulares, se buscan efectos de tipo general que como ya se dijo, pueden encaminarse

c. Teoría del Objeto - Fin Práctico - hecho subjetivo, o crear una situación jurídica. Sin embargo, el Legislador

La tercera teoría es la conocida como la del "objetito" "fin práctico", que no ha sido acogida en la doctrina en consideración a su abierta pugna, porque se considera que el objeto de los actos jurídicos es el "fin práctico" y no los efectos de tipo jurídico concretos o genéricos. extingue la obligación creada por el acto jurídico concreto de la compraventa.

En efecto, al tratar de identificar el fin práctico con el objeto genérico o concreto, los relaciona directamente con la causa de los mismos. Todo acto humano para que tenga eficacia en el campo jurídico debe contener un objeto como el de crear, modificar o extinguir un Derecho subjetivo, o crear una situación jurídica determinada. Esta es la característica principal del acto jurídico, o sean las consecuencias que la Ley impone a esos actos legítimos. Ahora bien, el acto humano no siempre tiene inci-

dencia en lo jurídico porque existen un sinnúmero de actos en la vida diaria que no repercuten en la esfera del Derecho; por tanto, en estos actos se cumple una finalidad que no debe confundirse con el objeto. La finalidad se refiere directamente con la causa que difiere sustancialmente del objeto.

1. Los de la esencia.- Son aquellos elementos necesarios para que el acto se configure y tenga el alcance.
2. El Objeto Jurídico Específico, elementos.-

La inobservancia de estos elementos pueda conducir Hay que tener en cuenta que en los distintos actos jurídicos que celebran los particulares, se buscan efectos de tipo general que como ya se dijo, pueden encaminarse a crear, extinguir o modificar un derecho subjetivo, o crear una situación jurídica. Sin embargo, el Legislador ha querido que los distintos actos tengan como generalidad la aplicación de reglas, que en forma también general, los regulan. Igualmente, el Legislador reglamenta los actos a través de los cuales se pretende obtener un objeto distinto, como lo sería el pago del precio en la compraventa que extingue la obligación creada por el acto jurídico concreto de la compraventa.

Para una mejor comprensión del tema tomamos como ejemplo el contrato de compraventa que de conformidad al Artículo 1849 C.C. consiste en "que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero". Creación jurídica a la cual se le aplican las normas de tipo general que rigen a los actos jurídicos, y que en particular deben cumplir con la entrega de la cosa al comprador y el pago del precio al vendedor, requisitos sin los cuales, el contrato de compraventa no se confi-

son integrados por los elementos esenciales: la manifestación de la voluntad que reflexivamente se encamina a

El Artículo 1501 de la misma obra al referirse al objeto específico de cada acto, provee la necesidad de la concurrencia de tres elementos:

1. Los de la esencia.- Son aquellos elementos necesarios para que el acto se configure y tenga el alcance deseado por las partes o reglamentado por la Ley. La inobservancia de estos elementos puede conducir a generar otro cualquiera.
2. Los de la naturaleza.- Son aquellos que las partes los estipulan expresamente, pero que si no lo hacen, ellos se tienen como acordados.
3. Los accidentales.- Son aquellos que sin ser esenciales o naturales, las partes los pueden modificar en cuanto a sus efectos, como lo serían los plazos u otras condiciones que se estipulen en el acto.

Como conclusión del presente capítulo debe anotarse que el repaso de la teoría general del acto jurídico es necesario para comprender la naturaleza de los contratos por correspondencia, los cuales emanan de un acto de la voluntad reflexiva y encaminada a producir efectos jurídicos y que en su amplitud pueden crear, modificar o extinguir derechos subjetivos, o también para crear determinada situación jurídica.

Los contratos celebrados por correspondencia, se encuen-

tran integrados por los elementos esenciales: la manifestación de la voluntad que reflexivamente se encamina a producir efectos jurídicos y que de acuerdo a la teoría general del acto jurídico, los cumplen a cabalidad.

LOS CONTRATOS Y EL ACTO JURÍDICO

A. LOS ACTOS JURÍDICOS EN GENERAL

Cuando hablamos de los actos jurídicos nos referimos a los actos de voluntad que se realizan en el mundo jurídico, es decir, a los actos que tienen por objeto la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Los actos jurídicos son aquellos actos de voluntad que se realizan en el mundo jurídico, es decir, a los actos que tienen por objeto la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Los actos jurídicos son aquellos actos de voluntad que se realizan en el mundo jurídico, es decir, a los actos que tienen por objeto la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

12/ ESPINA FERRER, Eduardo, ESPINA Acosta, Eduardo, Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos, Op. Cit. Pág. 22.

Por tanto, en el comercio jurídico se pueden dar actos de esta naturaleza originados en la manifestación de la voluntad del hombre o de las personas jurídicas o fictas, como también se dan actos que se integran por dos o más manifestaciones de voluntad, que independientes entre sí, se encaminan a un objetivo: creación, modificación o extinción de un Derecho.

CAPITULO VII

LOS CONTRATOS COMO ACTOS JURIDICOS

A. LOS ACTOS JURIDICOS UNIPERSONALES.

Cuando estudiamos los sujetos del acto jurídico, vimos que lo pueden ser no solo los individuos de la especie humana, sino también los entes que sin estar compuestos por características antropomórficas, la Ley las crea por una ficción de la misma. También dijimos al tratar de los elementos que integran el acto jurídico, que estos se componen de una manifestación de la voluntad y que ella se encamina a producir efectos jurídicos. Con estos antecedentes estudiamos aquellos actos jurídicos que emanan de la manifestación de la voluntad, ya unipersonal, ya pluripersonal según que en ellos intervenga el querer reflexivo de una o más partes, como "sujetos de Derecho, a quienes, real o presuntivamente, se les atribuye la realización o celebración del Acto". 10/

10/ OSPINA Fernández, Guillermo, OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pag. 44.

Por tanto, en el comercio jurídico se pueden dar actos de esta naturaleza originados en la manifestación de la voluntad del hombre o de las personas jurídicas o fictas, como también se dan actos que se integran por dos o más manifestaciones de voluntad, que independientes entre sí, se encaminan a un objetivo: creación, modificación o extinción de un Derecho.

En efecto, legislaciones como la nuestra en determinados casos reconoce eficacia jurídica a la simple declaración de voluntad de una persona, imponiéndole las consecuencias para lograr el objeto perseguido, ya que esa manifestación de la voluntad unipersonal constituye verdadera fuente de obligaciones, como se desprende del Artículo 1494 y que en forma similar, con igual alcance, lo prevee el Código Civil Ecuatoriano en el Artículo 1480 cuando dice que 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...".

1. Los Actos Jurídicos Unipersonales Simples.-

Esta especie se caracteriza por ser resultado de la declaración de la voluntad de una sola parte para conseguir un resultado u objetivo tutelado por la Ley, con la cualidad esencial de que ellos se realizan por un solo individuo, como así sucede con el otorgamiento de un testamento, la aceptación de una asignación sucesoral; el reconocimiento de hijos extramatrimoniales; y de conformidad con el Artículo 845 del Código de Comercio, el

oferente al formular la propuesta se obliga irrevocablemente durante el término de la oferta. jurídicos, como así lo expresan Arturo Valencia Zea, Eudoro González Gómez y Jesús María Arteaga en sus obras sobre Obligaciones. A es

2. Los Actos Jurídicos Unipersonales Complejos. Actos que lo acogamos, para decir que ello puede dar lugar a confundir Las personas jurídicas o morales a menudo realizan actos que en forma errónea pudieran considerarse de tipo pluripersonal, en el sentido de que son el resultado de manifestaciones múltiples de voluntad, tantas como son sus miembros, como así sucede en los distintos acuerdos o de terminaciones que toman. Sin embargo, estos actos en su proyección son unipersonales, en otras palabras, ese acto se presenta en la vida jurídica como el producto de un solo ente y no como la manifestación de todos y cada uno de sus miembros. Por tanto, las personas jurídicas bien pueden realizar actos encaminados a crearse obligaciones y serían unipersonales complejos, o también realizan actos con otras personas jurídicas o naturales y serían por tanto, pluripersonales en el sentido de que en ellos se dan dos o más voluntades.

Los doctrinantes emplean para clasificar los actos unipersonales la denominación : "actos unilaterales" 11/ para significar que en ellos se comprende una sola mani-

11/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 171.

GONZALEZ Gómez, Eudoro. De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano. Op. Cit. Pág. 164.

12/ ARTEAGA, Jesús María. ARTEAGA Carvajal, Jaime. Curso de Obligaciones. Op. Cit. Pág. 8.

festación de voluntad para producir efectos jurídicos sea que provengan de una persona natural o jurídica, como así lo expresan Arturo Valencia Zea, Eudoro González Gómez y Jesús María Arteaga en sus obras sobre Obligaciones. A es to el profesor Guillermo Ospina hace una crítica que la acogemos, para decir que ello puede dar lugar a confundir los contratos unilaterales con los actos unipersonales, supuestos jurídicos distintos ya que los primeros dan origen a "obligaciones a cargo de una de las partes, como el mutuo, el comodato, el depósito, etc. Y se dice que son bilaterales cuando producen obligaciones recíprocas entre todas las partes, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, etc.". La diferenciación la hace

B. LAS recaer en el sentido de que en los segundos se comprenden más que todo "la carga o el gravamen que estas con- Del traen" y no el número de partes que intervienen con actos de voluntad, como ocurre en los actos unipersonales.

Si 12/ el acto jurídico intervienen para la formación de más acuerdos de voluntad, encaminados a obtener consecuencias jurídicas, estaríamos en presencia de que convenimos

3. La promesa pública de premio. - El prestar de voluntad proveniente de un cuerpo colegiado o persona jurídica, a su

par Dentro de los actos unipersonales simples o complejos tándose suelen dar las promesas públicas de premios, a través de las cuales las personas jurídicas o naturales ofrecen un determinado premio, recompensa o galardón a cambio de la realización de un acto también concreto o espere la obtención de un resultado.

12/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 44.

La doctrina moderna considera que dicha promesa prove -
distinción de los actos unipersonales con las convenciones,
niente de la manifestación de la voluntad, perfectamente
porque los primeros tienen un alcance restringido en rela-
conocida por el público, conlleva la obligación de cumpli-
ción con los efectos deseados, pues con los actos uniperso-
nales no se pueden crear obligaciones a terceras personas,
miento del pago del premio ofrecido, esto es, que tiene
"valor en sí misma". 13/
sino cuando quiera que se afectan intereses, o los terceros
constantan en el acto, esto debido a la limitación de la au-
Los presupuestos jurídicos de los actos unipersonales,
tencia de la voluntad, a diferencia de las convenciones a
simples o complejos, así como también la promesa pública
las cuales el legislador ha dotado de una mayor eficacia en
de premio o recompensa, podemos considerarlos como los
lo libre voluntad de sus agentes, para regular el alcance,
antecedentes y sustento de la formación de los contratos
las modalidades y condiciones, observando, desde luego, los
llamados "entre ausentes", como se verá posteriormente.
principios del orden público.

B. LAS CONVENCIONES.

C. LOS CONTRATOS.

Del latín "cum venire", encontrarse, reunirse.

Es inquestionable que muchos de los distintos contratos re-
conocidos por la Ley, influyen en la prosperidad colectiva
si en el acto jurídico intervienen para su formación dos o
más acuerdos de voluntad, encaminados a obtener consecuen-
cias jurídicas, estaríamos en presencia de una convención,
puerba decirse, sin hipérbola, en la actualidad ocupan un
primer lugar en el desarrollo de las relaciones sociales,
aclarando desde luego, que se puede tratar de voluntad pro-
veniente de un cuerpo colegiado o persona jurídica, o de
desde luego que son medios legítimos para crear y circular la
riqueza entendiéndola no sólo en sentido económico, sino
persona natural. Las convenciones en sentido restricto es-
tán encaminadas a extinguir una obligación y en un sentido
amplio, vienen a ser acuerdos de voluntades para crear, mo-
dificar o extinguir una obligación, de suerte que la con-
vención vendría a ser género frente al contrato que es una
especie de convención.
Refiriéndonos a las convenciones, decíamos que según Donet,
ellas son el género y los contratos la especie. De tomar en

13/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Per-
sonas. Op. Cit. Pág. 173.

Debemos tener en cuenta que doctrinariamente se establece la distinción de los actos unipersonales con las convenciones, porque los primeros tienen un alcance restringido en relación con los efectos deseados, pues con los actos unipersonales no se pueden crear obligaciones a terceras personas, sino cuando quiera que se efecten intereses, o los terceros consientan en el acto, esto debido a la limitación de la autonomía de la voluntad, a diferencia de las convenciones a las cuales el Legislador ha dotado de una mayor eficacia en la libre voluntad de sus agentes, para regular el alcance, las modalidades y condiciones, observando, desde luego, los principios del orden público.

C. LOS CONTRATOS.

Es incuestionable que muchos de los distintos contratos reconocidos por la Ley, influyen en la prosperidad colectiva como fuentes de productividad y de riqueza. Los contratos, pudiera decirse, sin hipérbole, en la actualidad ocupan un primer lugar en el desarrollo de las relaciones sociales, desde luego que son medios idóneos para crear y circular la riqueza entendiéndola no solo en sentido económico, sino cultural. Es a través de los contratos que los asociados están en capacidad de obligarse para dar, hacer o no hacer, que es el "objeto específico" de los contratos.

Refiriéndonos a las convenciones, decíamos que según Domat, ellas son el género y los contratos la especie. De tomar en cuenta la noción de uno y otro presupuesto jurídico, podríamos incurrir en confusión y por eso es indispensable precisarlos.

1. Noción de Contrato. - para adoptar una posición en cuando sostiene que no solo se crea una obligación para

El Código Civil en su Art. 1495 da la definición de contrato, señalando su alcance cuando dice que : "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".

El Código Civil Ecuatoriano impone en el mismo

La doctrina se halla acorde al formular una crítica a la noción que el Legislador dio sobre el contrato, porque lo asimila o identifica con la convención, pues en líneas generales las convenciones se encaminan a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y en particular las obligaciones, al paso que los contratos son fuente fecunda de obligaciones ya sean de dar, hacer o no hacer. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de octubre de 1947, dijo: "Sabido es que el contrato -ya sea de carácter administrativo o de Derecho Privado- es un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones...". La misma crítica la sostienen los tratadistas Valencia Zea, Ospina Fernández y González Gómez.

con porque generan obligaciones para las partes que son

En conclusión, convención es todo acuerdo de voluntades y contratos son acuerdos de voluntades para crear obligaciones, por tanto, todo contrato es una convención, mas no todas las convenciones son contratos.

Hay que agregar que la definición que contiene el artículo ya citado -1495-, es adecuada cuando señala como uno de sus requisitos la presencia de dos partes, una que se obliga y otra que se beneficia, contrayendo obligaciones recíprocas, situación que le ha valido al pro-

2. profesor Ospina Fernández para adoptar una posición enérgica cuando sostiene que no solo se crea una obligación para una de las partes al celebrar el contrato, sino que ellas generalmente son recíprocas, "vale decir, que nacen a cargo y en favor de ambas o de todas las partes contratantes". ^{14/} Por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta. El Código Civil Ecuatoriano incurre en el mismo error porque en el Artículo 1481 está diciendo que "contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

La doctrina sostiene que este artículo es defectuoso por- En el afán de encontrar una definición de contrato que más se adecúe a la naturaleza y a los requisitos que lo delimitan, encontramos la del profesor Ospina Fernández, cuando expresa que: "Contrato es el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminadas a la creación de obligaciones". ^{15/} Las leyes y la ausencia de lesión enorme; como tampoco se tuvo en cuenta los ele- Por lo expuesto, es entendible que la compraventa, el arrendamiento, la fianza, la hipoteca, etc. son contratos porque generan obligaciones para los agentes que los celebran, en tanto que el cumplimiento de las obligaciones como los pagos, tradiciones, cesión de créditos, la resolución de contratos, prórrogas pactadas y todos los contratos, serían convenciones. no se cumplen o no se dan, ese acto no nace en derecho. Dentro de los requisi-

^{14/} OSPINA Fernández, Guillermo. Op. Cit. Pág. 45.
^{15/} OSPINA Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Edit. Temis, Bogotá, 1978. Pág. 40. encaminan

2. Requisitos de existencia y validez de los contratos.

El C.C. en su Artículo 1502 determina los requisitos para la existencia y validez de todo acto o declaración de voluntad, cuando dice que "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita...".

La doctrina sostiene que este artículo es defectuoso porque al querer hacer una enumeración taxativa de los elementos sine qua non de los actos, se quedó corto por una parte, y por otra, confundió los elementos para la existencia y la validez de los mismos. En efecto, existen elementos que no fueron tomados en cuenta en la enumeración, tales como las solemnidades legales y la ausencia de lesión enorme; como tampoco se tuvo en cuenta los elementos de esencia que según el Artículo 1501 ibidem "son aquellas cosas sin las cuales, no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente". Por otra parte, la norma que comentamos confunde los requisitos de la existencia con los de la validez. Los primeros son aquellos que van a dar origen a determinado acto jurídico, lo que quiere decir que si ellos no se cumplen o no se dan, ese acto no nace en derecho. Dentro de los requisitos señalados encontramos: La manifestación de voluntad, el consentimiento, el objeto, las solemnidades y los elementos de esencia del respectivo acto jurídico o contrato. De otro lado, los requisitos para la validez se encaminan

a lograr firmeza en el acto, porque bien puede haber nacido, pero puede llegar a la invalidez por fuerza de una sentencia judicial; esos requisitos son: la capacidad en los agentes; ausencia de vicios en la voluntad; ausencia de lesión enorme; licitud en el objeto, la realidad y la licitud de la causa y la observancia de la plenitud de formalidades legales. 16/ La inobservancia de los requisitos de existencia y validez en los actos, acarrea tres clases de sanciones: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa del acto, según que en ellos opere en forma defectuosa o se incumpla con el requisito.

Sin embargo y no obstante las críticas, los doctrinantes siguen sosteniendo la teoría de los requisitos del acto jurídico, conforme a la norma del Artículo 1502, ya citado, de la misma manera que lo hacen los comentaristas ecuatorianos analizando la norma del Artículo 1488 que es idéntica a la prevista en nuestro Estatuto.

16/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Edit. Temis, Op. Cit. Pág. 87.

su objetividad. De allí que la doctrina sancionada por los Tribunales en sus decisiones ha sido considerada por todos como una fuente de Derecho. Fuente fecunda y creadora en el concepto. El juez, al fallar, no sólo aplica la norma al conflicto social. Cuando la norma falta, o es oscura o deficiente, el juez resuelve el caso controvertido de acuerdo con la ciencia, con los supremos principios del Derecho, procediendo, en veces, como si fuera Legislador: todo con el noble fin de amoldar sus fallos y los rigores de la ley escrita a los avaros dictados de la justicia y de la equidad.

TERCERA PARTE

LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA

grande de las aspiraciones humanas en materia de Jurisprudencia. Maestro Manuel Antonio Coral. 17/

CAPITULO I

UBICACION DEL TEMA

En este orden de ideas nos adherimos al pensamiento de la eximio jurista Corts Suprema de Justicia cuando al analizar la evolución del Derecho, en sesión de 24 de Marzo de 1936, expresó: Para estudiar los contratos por correspondencia, hay que admitir que el Derecho para su acertada aplicación en los distintos eventos y situaciones jurídicas que a menudo se presentan en el diario vivir y que repercuten en el ordenamiento legal, evoluciona constantemente, porque no es estático, sino que debe adecuarse al momento histórico y social.

Atinado es el concepto de uno de los más insignes nariñenses, el maestro de juventudes, cuando enmarcando los alcances del Derecho, expresó: "Estimo que, en la cultura de un pueblo, el Derecho es su más alta y profunda manifestación. Pero el Derecho no es solo la norma jurídica, como llegaron a creer los exégetas del Código de Napoleón. La norma, como un producto humano, es incapaz de contener todo el Derecho: el Derecho es también su aplicación,

su objetividad. De allí que la doctrina sentada por los Tribunales en sus decisiones ha sido considerada por todos como una raza fuente de Derecho. Fuente fecunda y creadora en mi concepto. El juez, al fallar, no sólo aplica la norma al conflicto social. Cuando la norma falta o es oscura o deficiente, el juez resuelve el caso controvertido de acuerdo con la ciencia, con los supremos principios del Derecho, procediendo, en veces, como si fuera Legislador: todo con el noble fin de amoldar sus fallos y los rigores de la Ley escrita a los eternos dictados de la justicia y de la equidad, que es lo que constituye la más grande de las aspiraciones humanas en materia de Jurisprudencia". Maestro Manual Antonio Coral. 17/

En este orden de ideas nos adherimos al pensamiento de la excelentísima Corte Suprema de Justicia cuando al analizar la evolución del Derecho, en casación de 24 de Marzo de 1936, expresó:

"Bajo nuestro régimen jurídico, la Ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el Legislador, debido a que él, que obtiene sus materiales del pasado, se halla a menudo en retardo con respecto de los hechos económicos. Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contratos, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del Derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido

17/ JURISPRUDENCIA CIVIL DE LOS TRIBUNALES COLOMBIANOS. Gonzalo Guerrero B., T.I., Gráficas Villarreal, Pág. 14.

que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente con figurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el Legislador. Procede observar que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo de terminado de contrato, cuando el que se celebró no obstante corres ponder en lo general a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial, articulado en la convención misma..." 18/

Creemos conveniente traer al estudio de los contratos por corres pondencia la cita anterior, porque esa sentencia deja abierta la posibilidad de que los particulares satisfagan sus necesidades de todo tipo a través de contratos y convenciones no reglamentadas por el Legislador, porque como bien lo expresa la excelentísima Corte, el Legislador pudo haberse quedado corto en establecer Instituciones de importancia que obedecen más que todo a neces dades de tipo económico. Estimamos que en el comercio jurídico actual predominan contratos que crean obligaciones y cuyo meca- nismo es por la correspondencia.

Los contratos por correspondencia son, precisamente, el resulta- do de la evolución de las relaciones sociales en el mundo contem poráneo. En efecto, si cuando se concibió nuestro Estatuto Civil no fueron reglamentados por inoperantes o innecesarios, hoy co- bran una gran importancia, porque como lo dijimos desde el co- mienzo del trabajo, la complejidad en la vida moderna, los afa- nes competitivos por el dominio económico mundial, el mercadeo y circulación de la riqueza, hicieron surgir como necesarios

18/ ORTEGA Torres, Jorge. Código Civil Comentado. Edit. Temis
Decimatercera edición, Bogotá. Op. Cit. Pág. 623.

ciertos sistemas de propaganda traducidos en ofertas divulgadas en periódicos, revistas, etc. Esto se explica porque en el pasado era factible fusionar los papeles de productor, explotador y distribuidor. En la actualidad este fenómeno se puede dar constituyendo excepción, ya que el mismo desarrollo, el aumento de la población, las modalidades que ofrece la vida moderna, incrementan la demanda de cosas y servicios de toda clase y como consecuencia de esto, se perfeccionan y aumentan los mecanismos de la oferta. Los contratos por correspondencia al igual que la agencia comercial que según la Suprema Corte "... Es una de las formas modernas de intermediación, que por primera vez en Colombia fue reglamentada en el actual Código de Comercio", 19/ surgen por necesidad de que el comercio encuentre nuevas maneras de intermediación a través de agentes viajeros, comisionistas, compradores mayoristas, concesionarios, distribuidores, depositarios, etc. -Sentencia 2 Diciembre 1980-.

De ahí el acierto de la excelentísima Corte cuando dice que "La Ley reglamenta ciertos tipos de contrato, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el Legislador...". Y más adelante expresa: "que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ellos trazados por el Legislador...", para hacer referencia a la facultad que en forma más o menos amplia reconoce el Legislador para que los asociados satisfagan sus necesidades por medio de convenciones o acuerdos legales, acatando,

19/ LOPEZ Morales, Jalro. Jurisprudencia Civil de la Corte. Ediciones Lex Ltda. Bogotá, 1981. Op. Cit. Pág. 29.

desde luego, la norma del Artículo 1524 del C.C., alusivo a las buenas costumbres y al orden público, y al 32 de la Constitución Nacional que impone la exigencia de obrar respetando el Derecho de los demás, eventos en los cuales tales actos reciben protección efectiva por parte del Estado.

Finalmente, la sentencia se refiere a las convenciones que no han sido expresamente regladas, o sea a las atípicas o innominadas que son aquellas cuyas estipulaciones no encuadran en ninguna de las taxativamente contempladas; para estos casos según la Jurisprudencia que se comenta, ellas "... se aprecian por analogía del tipo contractual afín, al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del Derecho de las obligaciones y contratos, y a título complementario, por el arbitrio judicial..".

Considerando que los contratos por correspondencia no están específicamente reglamentados, es conveniente para desentrañar su naturaleza, recurrir a la teoría general de los contratos y de las obligaciones, para de esa manera ubicar el alcance, el cumplimiento de requisitos y exigencias, la formación y eficacia de los contratos por correspondencia y la oponibilidad de los mismos, no obstante que hay reglamentación referente a la oferta y aceptación, como así aparece en el estatuto mercantil y que por analogía se aplican en el Derecho común, como lo veremos oportunamente.

rer obligaciones a terceros cuando se afectan sus intereses o cuando ellos consentan en el acto; de igual manera, deja establecida la diferencia con las convenciones, que según nuestro Código Civil -Artículo 1495- son sinónimos, ya que son los contratos los únicos capaces de crear obligaciones y en forma recíproca en los contratantes, quedándoles a las convenciones generalmente, la función de crear, modificar o extinguir una obligación. De allí que la convención es considerada como género, frente a la especie que es el contrato. Finalmente, deja planteada la crítica al texto legal de la norma porque a través de los contratos no únicamente se crea obligación para una de las partes, sino que ellas son recíprocas, es decir que nacen "a cargo y en favor de las partes contratantes".

CAPITULO II

LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES

Previo examen de lo que se entiende por contrato, el profesor Guillermo Ospina Fernández lo define diciendo que "contrato es el acuerdo real de las voluntades de dos o más personas encaminadas a la creación de obligaciones". 20/

Derechos reales y Derechos personales o de crédito, los primeros que dan al titular un La definición del tratadista es acertada, porque teniendo como principio general de todo contrato la buena fe de los agentes, es lógico que en los contratos se debe tener en cuenta la voluntad real, esto es, aquella que se ha gestado en el interior de cada uno de los agentes. En segundo lugar, ese acuerdo necesita como presupuesto indispensable la concurrencia de dos partes por lo menos, descartando de esta manera los actos jurídicos unipersonales tanto simples como complejos y que son capaces de generar la obligación -del latín "ligare", ligar y tener el nom-

20/ OSPINA Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 21.

rar obligaciones a terceros cuando se afectan sus intereses o cuando ellos consienten en el acto; de igual manera, deja establecida la diferencia con las convenciones, que según nuestro Código Civil -Artículo 1495- son sinónimos, ya que son los contratos los únicos capaces de crear obligaciones y en forma recíproca en los contratantes, quedándoles a las convenciones generalmente, la función de crear, modificar o extinguir una obligación. De allí que la convención es considerada como género, frente a la especie que es el contrato. Finalmente, deja planteada la crítica al texto legal de la norma porque a través de los contratos no únicamente se crea obligación para una de las partes, sino que ellas son recíprocas, es decir que nacen "a cargo y en favor de las partes contratantes".

De lo visto, característica de los contratos es la facultad que tienen de crear obligaciones recíprocas entre los agentes que los celebran. Teniendo en cuenta que los derechos pecuniarios que pertenecen a una persona, son de dos clases: Derechos reales y Derechos personales o de crédito, los primeros que dan al titular un poder directo sobre la cosa o bien y los segundos que le confieren la facultad de exigir de persona determinada, una prestación, un hecho o una abstención.

En esta última categoría de derechos nacen las obligaciones. En efecto, crean una relación jurídica entre dos personas interesadas, relación consistente en la necesidad impuesta a una de suministrar a la otra lo que le debe. Es esta relación la que constituye la obligación -del Latín "Ligare", ligar- y toma el nombre de obligación activa o crédito, si se refiere a la persona a quien beneficia, en tanto que, si se hace referencia a la persona sobre quien pesa, se le da el nombre de obligación pasiva o deuda.

A. CONCEPTO DE OBLIGACION.

... por la prestación respectiva oportunamente, o de responder compensatoriamente en caso de incumplimiento. Muchas son las definiciones que los tratadistas aportan, acordes a un determinado pensamiento jurídico-filosófico. Los romanos la definían como el "vínculo jurídico que según nuestro Derecho Civil, nos coloca en la necesidad de efectuar para al guien determinada prestación". 21/ Obligación es la que se

concede a una persona -acreedor- la facultad de exigir de otro. Nuestro Código Civil no define expresamente qué se entiende por obligación; sin embargo, en el Artículo 1495 se da una aproximación al definir el contrato porque expresa que "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...". La

situación jurídica de los bienes presentes y futuros del deudor. Por otro lado, el mismo estatuto define qué debe entenderse por derechos personales, cuando expresa que son aquellos que "solo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas". 22/

Las diferentes definiciones dadas por los tratadistas se caracterizan por señalar las atribuciones del acreedor y los deberes del deudor. Consideramos que un concepto integral sería el que en forma simultánea determine las facultades del acreedor y los deberes del deudor. Las facultades del acreedor son las de poder exigir aún coercitivamente el pago de lo debido, al paso que el deber fundamental del deudor

21/ CARDOSO Isaza, Jorge. Obligaciones, sus fuentes y su clasificación. Op. Cit. Pág. 4.

22/ VALENCIA Los Artículos. Derecho Civil. De las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 2.

El deber consiste en satisfacer la prestación respectiva oportuna-
mente, o de responder compensatoriamente en caso de incumpli-
miento, incluyendo los perjuicios.

De todas las definiciones que se han dado sobre este punto, por
hay una que cubre las exigencias y que corresponde a la del
profesor Valencia Zea y que dice: "Obligación es la que le
concede a una persona -acreedor- la facultad de exigir de o
tra -deudor- una prestación para cuyo cumplimiento el deudor
da en prenda todos sus bienes presentes y futuros". 22/

En esta definición no solamente se tiene en cuenta las facul-
tades y los deberes de las partes, sino que se concreta la
situación jurídica de los bienes presentes y futuros del deu-
dor, esto es, la constitución de la "prenda general" para el
pago, de que habla el Artículo 2488 del Código Civil.

B. ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES.

De la definición transcrita se puede establecer cuáles son
los elementos que la integran, a saber:

1. Sujeto Activo.

Es la persona o parte titular del crédito que se denomi-
na acreedor, palabra de origen latino: "Creditor-ris", o
sea el que cree el que confía. El acreedor debe ser per-
sona capaz, con capacidad de goce, determinada y cierta;

22/ VALENCIA Zea Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones.
Op. Cit. Pág. 2.

puede ser una persona natural o jurídica, singular o plural. En algunas ocasiones el acreedor es incierto, esto es, que existe una relativa indeterminación, como cuando se otorga un título valor al portador, donde el acreedor no es conocido sino en el momento en que efectúe el cobro, ya que por la naturaleza de estos instrumentos, este se puede cambiar y sin que el deudor tenga conocimiento de ello. Lo mismo se da cuando se han hecho las ofertas al público, a perso

3. LA Prestación Indeterminada, y en las cuales cuando quiera que se hubiese producido la respectiva oferta con el conocimiento de él o los destinatarios, el oferente se obliga para con el aceptante y aún sin saber quién se acogió a la oferta. Las prestaciones son de dos clases: positivas o negativas. Los contratos por correspondencia pueden celebrarse entre acreedores que actúan como ciertos y determinados, como cuando se les hace la respectiva oferta en particular, o bien pueden ser con acreedor indeterminado como cuando se hace uso de peticiones que son de tipo general y por tanto hay indeterminación en el acreedor.

2. Sujeto Pasivo.— Es conocido como deudor. Es la persona que en virtud de una obligación, se coloca en la necesidad de satisfacer la prestación debida. El término deudor proviene del Latín "debitor-ris" que significa "el que debe". Como sujeto puede ser una persona natural o jurídica, singular o plural, con capacidad de disposición, cierta y determinada. La capacidad dispositiva hace referencia a la facultad para sacar los bienes del patrimonio, o para gravarlo con un pasivo. Los casos de contratos de mera

Hay que anotar que tanto los deudores como los acreedores pueden ser indeterminados y esta calidad se puede dar en materia de contratos por correspondencia, aquellos que se celebran entre ausentes, como cuando una persona que ha aceptado una oferta o una póliza, desconociendo al deudor.

3. LA PRESTACION.

Se entiende por prestación la actividad útil que una persona -el deudor- se obliga a realizar en beneficio de otra -acreedor-. Las prestaciones son de dos clases: positivas o negativas. Positivas son las de dar y hacer y negativas, las de no hacer. Son tres, por tanto, las prestaciones que se derivan de las obligaciones:

a. Prestación de Dar.

Dar significa transferir el dominio u otorgar la mera tenencia. Para transferir el dominio mediante la tradición se requiere la entrega, acompañada de la intención de otorgar el dominio. En ciertos casos la tradición requiere además la inscripción tabular, como en el caso de la enajenación de bienes raíces, automotores, naves y aviones.

La mera tenencia se constituye cuando se entrega el objeto, reservándose la condición de dueño, para que quien lo recibe haga el uso determinado en el contrato. Hay que presumir para todos los casos de contratos de mera

- a. tenencia, el reconocimiento por parte de quien recibe que el objeto de dominio, es ajeno.

- b. Prestación de Hacer. -o hacer.

La prestación de hacer implica la realización de un acto lícito en beneficio de otra persona, es decir, que se presta un servicio que puede ser con las cosas sobre las que existe propiedad o posesión, o con actividades propias de la persona.

- c. Prestación de no Hacer. -o no hacer.

Por último, la prestación puede consistir en la obligación del deudor y en provecho del acreedor, en abstenerse de ejecutar un acto determinado, que siendo lícito, puede ir contra los intereses del primero.

En los contratos por correspondencia se pueden dar estas tres clases de prestaciones, como de dar, cuando una persona se compromete enviar a vuelta de correo, un artículo determinado, transmitiendo el dominio del mismo; de hacer, como cuando se ofrecen servicios profesionales y estos son aceptados por los destinatarios de los mismos; y de no hacer, de poca ocurrencia, como cuando una editorial enuncia no reajustar precios en la impresión de obras fijando un lapso de tiempo determinado.

4. El Objeto.-

Se entiende por esto, aquella cosa o aquella actitud que en virtud de la relación obligacional, el deudor se compromete a dar, hacer o no hacer.

El objeto debe reunir los siguientes requisitos:

1.º Que sea posible.-

Esto es que sea conforme a las leyes naturales o físicas. Sería imposible, por ejemplo, la entrega de un cuerpo cierto que ha perecido, o prestaciones que repugnen a las leyes físicas, como hacerse invisible.

2.º Que sea lícito.-

Esto es que se conforme con las normas de orden público y las que rigen las buenas costumbres, según se aprecia del Artículo 16 del Código Civil.

3.º Que sea determinado.-

La determinación del objeto hace posible que el acreedor conozca, concretamente, cuál es su derecho y el deudor sepa cuál es su obligación. Si el objeto no se determina, según la doctrina, esto equivale a que no exista y por tanto, "impide el nacimiento de la obligación, pues el deudor no sabrá que debe, ni el acreedor que puede exigir". Cita de

Enneccerus Lehmann. 23/

Finalmente, con referencia al objeto, es conveniente tener en cuenta que este juega un papel importante en los contratos por correspondencia en lo referente a la posibilidad, licitud y determinación, requisitos que siempre deben tenerse en cuenta en la oferta, para así revestirse de eficacia jurídica, porque si no se determina el objeto de la obligación, el deudor no sabrá cuál es su obligación y el acreedor no sabrá cuáles sus facultades y obligaciones correlativas.

5. La Relación.-

La relación jurídica es el vínculo que se establece entre los sujetos. Esta relación en el antiguo Derecho Romano era rigurosamente personal y permitía que el acreedor sometiera al deudor aún con detrimento de su vida, de su integridad y de su libertad. En la actualidad, la relación es meramente patrimonial y se constituye en un activo del acreedor y en un pasivo patrimonial del deudor.

C. FUENTES DE LA OBLIGACION'

Por fuente se entiende el origen, el antecedente, el lugar de donde proviene una cosa. El concepto de fuente en un principio se confundió con el de causa y fueron los romanos quienes

23/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Op. cit. Pág. 10.

como resultado de una larga consideración de los dos supuestos, establecieron un sistema singular para distinguirlos. En efecto, se averigua por la causa preguntando "el por qué" y se investiga por la fuente, preguntando "de dónde proviene". Averiguando sobre la procedencia de las obligaciones, se han dado innumerables respuestas por los tratadistas y en consideración al desarrollo del Derecho. En Roma, y a iniciativa del jurista Gayo, se distinguieron dos fuentes: el contrato y el delito. El contrato, como fuente convencional de las obligaciones por virtud de la voluntad creadora de las mismas y el delito como fuente no convencional, que genera la obligación de resarcir los perjuicios injustamente causados mediante un hecho ilícito.

Más tarde, en "El Digesto" se advierte la necesidad de establecer como fuentes otras "varias figuras" como eficientes y capaces de generar obligaciones. A partir de esas "varias figuras", Justiniano en sus "Institutas", dedujo la existencia del cuasicontrato, que genera obligaciones a partir de un acto no convencional, proveniente de la voluntad unilateral ilícita de una persona; igualmente dedujo la existencia del cuasidelito que genera la obligación de resarcir perjuicios causados con un acto dañino, realizado sin la intención, y condicionado por negligencia o por impericia.

A partir de este momento se integra la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones, comprendiendo: el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito. Pothier acoge estas fuentes agregando la Ley. Según el Profesor Arturo Valencia Zea, la Ley si bien es fuente de obligaciones, ella corresponde a la categoría de remota, desde luego que existe otra clase de fuentes denominadas inmediatas, "...podemos

decir que toda obligación tiene una fuente mediata o remota: el propio ordenamiento jurídico...". 23/ Agrega, además, que "La Ley es fuente remota de cualquier obligación: tanto de las que nacen del contrato, como de las que nacen del acto ilícito".

24/ jurídico matrimonio.

El profesor Guillermo Ospina, considera que ninguno de los hechos físicos o humanos por sí solos son capaces de generar obligaciones, que ellas nacen de situaciones jurídicas donde siempre estará constante el ordenamiento jurídico para imponer las consecuencias de Derecho previstas para el acto o hecho que la origina. Por esta misma razón, según este autor, no es necesario enumerar la Ley dentro de las fuentes de las obligaciones, "... ya que esta es factor constante y necesario en la producción de cualquier efecto jurídico...". 25/

Más aún teniendo en cuenta que las normas son "imperativos hipotéticos", las cuales van a tener eficacia cuando se cumplan las hipótesis previstas. Por esto no puede descartarse la Ley como fuente de las obligaciones en su categoría de mediata, es a diferencia de situaciones jurídicas que actúan como fuentes inmediatas, coincidiendo así con los planteamientos del profesor Valencia Zea.

Esta situación se reafirma si con detenimiento se examina la norma del Artículo 1494 del Código Civil que prevee que:

23/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 50.

24/ Op. Cit. Pág. 54.

25/ OSPINA Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 40.

"Las obligaciones nacen por disposición de la Ley, como entre los padres y los hijos de familia", siendo verdadero que la Ley lo ha dispuesto de esta manera, pero las obligaciones nacen concretamente del hecho jurídico de la filiación y del acto jurídico matrimonio.

1. Las fuentes en la Legislación Colombiana.

De conformidad con la norma del Artículo 1494 del Código Civil: "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", norma trasplantada del Código Civil de don Andrés Bello, que omitió los cuasidelitos, que fueron incluidos posteriormente al modificarse el Artículo 2302 ibidem, por el Artículo 34 de la Ley 57 de 1887, literalmente así: "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la Ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la Ley se expresan en ella". Más adelante, en el inciso cuarto la norma expresa "Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

Por consiguiente, en la legislación civil colombiana las fuentes que producen obligaciones, son cinco, que coinciden con la enumeración de Pothier. Esas fuentes son:

el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la Ley.

2. Las fuentes en el Derecho Moderno.-

La concepción y enumeración clásica de las fuentes de las obligaciones ha sido fuertemente criticada por la Doctrina y la Jurisprudencia, en el sentido de que en primer lugar y en relación con los delitos y los cuasidelitos, están comprendidos dentro del hecho ilícito, puesto que no únicamente son fuente fecunda de las obligaciones, los daños provenientes del acto doloso, del realizado con intención de dañar, o de los hechos realizados con culpa, sino que también se ha impuesto la necesidad de reparar los daños con fundamento en el "riesgo creado", o sea, en este último caso, los hechos imputables a la actividad de las personas más no a su voluntad.

En referencia a los cuasicontratos, figura que también ha recibido críticas, porque a través de ella se pretendió unificar dos figuras perfectamente distintas y susceptibles de originar obligaciones. En efecto, se unificaron el enriquecimiento sin causa y el acto jurídico unipersonal.

Con respecto a la Ley, ya se lo dijo antes, que ella es una fuente no de tipo inmediata, sino mediata, que siempre se encuentra constante; sin embargo, no es necesario expresarla, por cuanto ella, por sí sola no puede ser origen de las obligaciones, ya que se debe partir de los hechos jurídicos capaces de poner en movimiento al orden

jurídico. *El Acto Jurídico Unipersonal.*

Los doctrinantes, están acordes en afirmar que las fuentes de las obligaciones son: el contrato, el acto jurídico unpersonal, los hechos ilícitos y el enriquecimiento sin causa. 26/ Sin embargo, hay que anotar que el profesor Valencia Zea, sostiene que el enriquecimiento sin causa debe ubicarse en "ciertos estados o situaciones de Derecho o de hecho, que unidos a determinadas circunstancias o supuestos, son susceptibles de engendrar una obligación". Y otros, como Cardozo, González Gómez y Arteaga, siguen considerando a la Ley como fuente inmediata de las obligaciones.

a. El Contrato.-

Se entiende como contrato el "concurso real de voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones". Es bueno tener en cuenta que éste es una de las fuentes principales de obligaciones, ya que es el medio idóneo al alcance de los particulares para satisfacer sus necesidades de todo orden, por cuanto que en forma más o menos amplia, la Ley ha reconocido eficacia a la autonomía de la voluntad.

26/ OSPINA Fernández Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 40.

VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 55.

ARTEAGA, Jesús M.; ARTEAGA Carvajal, Jaime. Curso de Obligaciones. Op. Cit. Pág. 9.

CARDOZO, Isaza Jorge. Obligaciones. Op. Cit. Pág. 7.

GONZÁLEZ Gómez, Eudoro. De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano. Op. Cit. Pág. 10.

- b. El Acto Jurídico Unipersonal.- han contraído las obligaciones correlativas...". Es conveniente tener en
- Algunos tratadistas unifican en el acto jurídico al acto unipersonal y a los contratos, sin reparar que la tercera fuente de obligaciones está constituida por los hechos ilícitos dentro de los cuales, como ya se vió, se hallan los delitos, que son actos jurídicos y que ocasionan daños con intención y cuyos efectos están regulados por la Ley.
- a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario: ... que con-
- Con relación al acto jurídico unipersonal, hay que anotar que es una de las fuentes más criticadas, porque muchos no aceptan que un solo acto de voluntad obligue a una persona a cumplir con una prestación. Sin embargo, es evidente que actos provenientes de una sola voluntad son fuentes de obligaciones. Al efecto, si repasamos las obligaciones del agente oficioso, a que se refiere el Artículo 2306 del Código Civil, encontramos que éste debe "emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia", lo que ocurre cuando un tercero, agente extraño, administra negocios ajenos; esto mismo acontece cuando se acepta una asignación sucesoral; o cuando se formula una oferta, que según nuestro estatuto mercantil, el oferente, se obliga irrevocablemente durante el término de la oferta, atendido el Artículo 846. En nuestra Legislación tiene operancia como fuente generadora de obligaciones el acto jurídico unipersonal, puesto que de conformidad con el Artículo 666 del Código Civil se prevee que los "Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o

la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas...". Es conveniente tener en cuenta que la Ley limita la eficacia de los actos unipersonales que pretenden crear obligaciones para con terceros, porque estos quedarán relacionados o comprometidos únicamente cuando se afecten sus intereses, o cuando hubiesen aceptado el acto, como se desprende de la norma del Artículo 1502 del Código Civil que estatuye "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: ... que consienta en dicho acto o declaración...".

La cuarta categoría creadora de obligaciones está con El estudio y análisis de los contratos por correspondencia gira en torno a un acto jurídico de trascendencia, capaz de generar obligaciones y que es unipersonal, denominado jurídicamente como Oferta. Esto nos ha impuesto la necesidad impostergable de hacer consideraciones, aunque someras, sobre las fuentes de las obligaciones. dera al enriquecimiento sin causa como una fuente creadora de obligaciones. "Es necesario asegurar que el Estado, aunque persona moral, responde de

c. El Hecho ilícito.-

Hay que anotar que el hecho ilícito abarca al delito y al cuasidelito, esto es, que son fuentes de obligaciones tanto los hechos que ocasionan daños con intención -dolo-, o hechos sin intención que se sustentan en la negligencia, descuido o temeridad -culpa-. Según algunos tratadistas debe agregarse una tercera categoría en esta fuente que es la de "riesgo creado", correlativa a los daños provenientes de una actividad

pero no a la voluntad de una persona 27/ ; otros consideran que debe incluirse también el denominado "abuso del Derecho" y que según el profesor Ospina Fernández, tal conducta puede incluirse en el dolo o en la culpa, según que de él se haga uso para causar daño como consecuencia de la intención o simplemente de los actos descuidados o negligentes.

CAPITULO III

d. El enriquecimiento sin causa.-

NOCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA

A. GENERALIDADES

La cuarta categoría creadora de obligaciones está constituida por toda una serie de hechos capaces de acrecentar el patrimonio de una persona en detrimento del patrimonio de otra. En estos hechos surge como inevitable la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios que ha sufrido la persona, afectada con la mengua de su capital, de su patrimonio. Nuestra Jurisprudencia considera el enriquecimiento sin causa como una

1. Qué es enriquecimiento sin causa. "Es necesario asegurar que el Estado, aunque persona moral, responde de los daños inferidos a un particular en la ejecución de sus servicios, merced a la doctrina del "enriquecimiento indebito, consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás...". Sentencia de Casación de 6 de Septiembre de 1935. 28/

27/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 52.

28/ ORTEGA Torres, Jorge. Código Civil comentado. Op. Cit. Pág. 31.

técnicas para la comunicación, ofreciendo bienes o servicios, crean o pueden crear obligaciones.

Es en este último concepto que se lo toma para relacionarlo con los contratos por cuanto los interesados pueden hacer uso de los distintos medios publicitarios y de comunicación, como el telégrafo, teléfono, télex, cartas, mensajes, impresos, cintas audiovisuales, etc., para enviar propuestas con-

tentivas de oferta. **CAPITULO III** **RELACIONES, hoy más que nunca negocia-**
NOCION DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA **activo, y de allí**

que la correspondencia en la actualidad no únicamente juega un papel de confidente de sentimientos y afectos, sino que

A. GENERALIDADES. a formar parte de uno de los incentivos más útiles para que los asociados realicen actos y contratos que

Antes de definir el contrato por correspondencia debemos tratar algunos aspectos que se relacionan particularmente con el concepto.

2. Características del Contrato por Correspondencia.-

1. Qué se entiende por correspondencia.-

Los contratos por correspondencia son aquellos que en sentido general, correspondencia es el conjunto de cartas, tarjetas, pliegos e impresos, etc., que se despachan, se reciben y circulan por los correos. Este concepto en la actualidad puede tomárselo en dos sentidos o contenidos: la correspondencia tradicional de tipo restringido, usada a nivel familiar y afectivo, destinada al conocimiento exclusivo de sus destinatarios y cuya violación indebida acarrea sanciones punitivas, ya que es condenada por la Legislación; y en segundo lugar, aquella que se utiliza por las personas para satisfacer sus necesidades de tipo económico-social, porque utilizando los medios publicitarios y los adelantos

técnicos para la comunicación, ofreciendo bienes o servicios, crean o pueden crear obligaciones.

Es en este último concepto que se lo toma para relacionarlo con los contratos por cuanto los interesados pueden hacer uso de los distintos medios publicitarios y de comunicación, como el telégrafo, teléfono, télex, cartas, mensajes, impresos, cintas audiovisuales, etc., para enviar propuestas contentivas de ofertas y peticiones, hoy más que nunca necesarios por el aumento de las exigencias de distinta naturaleza que reclama el bienestar individual y colectivo, y de allí que la correspondencia en la actualidad no únicamente juega un papel de confidente de sentimientos y afectos, sino que ella viene a formar parte de uno de los incentivos más útiles para que los asociados realicen actos y contratos que van a crear verdaderas situaciones jurídicas.

2. Características del Contrato por Correspondencia.-

Los contratos por correspondencia son aquellos que se celebran entre partes ausentes, es decir, entre personas que se encuentran alejadas unas de otras. Según esto, se caracterizan por los siguientes aspectos:

- a. Que se da la ausencia entre las partes contratantes, y
- b. Que para la exteriorización de la voluntad se haga uso de mecanismos idóneos para expresarla.

a. La Ausencia.-

Los contratos por correspondencia se distinguen por la

ausencia de las partes que los celebran, a diferencia de aquellos que se celebran entre presentes, es decir, entre aquellas que residen en el mismo lugar, que se encuentren la una frente a la otra, o que, en otros términos y según la doctrina, no haya alejamiento jurídico.

El aserto anterior nos sirve para distinguir un contrato entre presentes de uno entre ausentes. En el primer caso las dos partes contratantes se comunican recíprocamente sus voluntades, de tal manera que coinciden al mismo tiempo la manifestación de la voluntad de una de las partes, con el conocimiento de esa voluntad por la otra. La ausencia o la presencia de las partes más que todo depende de la simultaneidad de los dos hechos: manifestación de la voluntad y conocimiento de ella por el cocontratante. A contrario sensu, los contratos entre ausentes se distinguen porque la intención de una de las partes no es conocida inmediatamente por la otra.

En los contratos celebrados por teléfono debemos advertir que ellos están reputados como contratos entre presentes, como así los considera, por ejemplo, la legislación mejicana, porque se dice que existe simultaneidad entre la oferta y el conocimiento, sin consideración a la distancia material entre la una y otra de las partes, porque la una habla y en el mismo momento la otra escucha con toda claridad y precisión lo que le expresa aquella. 29/ Igual criterio está acogido por nuestro

29/ JIMENO Castillo, Ramón. Los Contratos. Ediciones Quetzal S.A., México D.F. Op. Cit. Pág. 32.

estatuto comercial vigente, porque en el Artículo 850 está expresando que la propuesta hecha por teléfono se asimila, para los efectos de aceptación y rechazo, a la verbal entre presentes.

No obstante que el contrato celebrado por teléfono sea catalogado entre presentes en lo atinente a la aceptación y rechazo, a través de este mecanismo se pueden celebrar contratos por correspondencia, ya que los agentes se encuentran separados materialmente el uno del otro, es decir que si bien las voluntades son susceptibles de ser conocidas simultáneamente, entre los agentes se da el alejamiento jurídico de que habla la doctrina, por tan to y según nuestro criterio, en todo aquello que no verse sobre la aceptación y rechazo, regirán las normas para los contratos por ausentes.

b. Uso de medios y mecanismos para exteriorizar la voluntad.-

Todo contrato requiere la exteriorización de la voluntad real de los agentes y para hacerlo pueden utilizar los me canismos oral o escrito, el primero cuando hace uso de las palabras, actos entre presentes, cuando los sujetos se hallan en el mismo lugar de su celebración, o también por te léfono, radio, televisión, cine, cintas magnetofónicas, etc., y escrito cuando se acude a circulares, prospectos, impresos, revistas, diarios, vallas, avisos, catálogos, etc., que bien pueden ser dirigidos a presentes o ausentes, a sujetos determinados o indeterminados.

En lo concerniente a los contratos por correspondencia, es

indiferente el sistema o medio que se emplee, siempre que la oferta o la polícitación exprese y contenga todos los requisitos que en cada caso exija la Ley, punto del cual nos ocuparemos más adelante.

Lo que sí no debe olvidarse, es de que, cualquiera que sea el contrato que se celebre por correspondencia, implica siempre la utilización de cualesquiera de los sistemas de comunicación mejorados técnicamente y que posiblemente en un futuro próximo se perfeccionen y admitiendo que entre más perfeccionado sea el sistema de comunicación, más idoneidad y efectividad habrá en los mensajes.

B. NOCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA.

No consideramos baldía o ineficaz la visión panorámica, simplificada, sobre la teoría general de los actos o negocios jurídicos, porque la importancia de su formación, los elementos que la integran y todos los aspectos generales que los determinan, nos capacitan para ir desentrañando la naturaleza de los actos jurídicos, concretamente, aquellos que provienen de una voluntad que en forma reflexiva producen efectos jurídicos; dentro de estos las convenciones y dentro de ellas los contratos, como los medios idóneos que utilizan los particulares para sufragar sus necesidades y que son manantial fecundo de obligaciones, como así se ha considerado desde los más remotos tiempos, hasta la evolución del actual Derecho moderno.

Junto a los contratos considerados como "el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminadas a la creación

de obligaciones", surgen también aquellos actos que se derivan de una sola manifestación de la voluntad, doctrinariamente conocidos como "unipersonales" y los cuales para el desarrollo de nuestro estudio tienen que considerarse como la fuente inmediata o el origen de los contratos por correspondencia, puesto que para su formación siempre hemos de partir de la oferta.

Si los contratos son fuente de obligaciones que dan origen a prestaciones de dar, hacer o no hacer; si ellos provienen del concurso real de voluntades; si en ellos intervienen dos o más personas dotadas de capacidad para obrar y de capacidad dispositiva; si en materia de correspondencia se hace referencia a un elemento intrínseco, la ausencia de agentes y que para comunicarse se hace uso de medios idóneos que desarrolla la ciencia y la técnica, se podría dar una definición basada en las características generales que condicionan los contratos y les da la eficacia en los medios empleados, esto es en los mecanismos utilizados por los agentes. Si bien es criterio predominante el de sostener que no deben darse definiciones, por múltiples aspectos, con posibilidad de errores, en casos de nuestro tema, hay que dar una definición que comprenda su naturaleza y sus alcances.

Por todo lo anteriormente expuesto, creemos poder definir el contrato por correspondencia en estos términos:

Es el concurso real de voluntades de dos o más personas, jurídicamente ausentes, quienes utilizando medios de comunicación, acuerdan crear obligaciones de dar, hacer o no hacer. La voluntad, ya sea la dante, debe ser expresa o tácita, impregnando únicamente en materia jurídica que sea expresada o exteriorizada de alguna manera y ofrecerse inteligible a los demás.

Así mismo dijimos que es característica de los contratos por correspondencia, que haya la exteriorización de la voluntad realizada por los medios de comunicación masivos o singulares, mencionados por la ley.

Es importante considerar que en materia de la voluntad que se encamina a originar un acto jurídico, y concretamente un contrato, debe cumplirse con otros requisitos: debe ser seria y recta, debe existir coincidencia entre la voluntad que se gesta en el interior del agente, por medio de su proceso físico y la voluntad que se expresa. Además, es bueno destacar que la expresión

CAPITULO IV

LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO POR CORRESPONDENCIA

La ley, como ciertas ritualidades o solemnidades, sin las cuales no puede tener oponibilidad frente a intereses de terceros. Por tan Acogiendo la norma del Artículo 1502 de nuestro Código Civil tenemos que los elementos o requisitos que deben contener todos los contratos y las convenciones para que puedan generar obligaciones, son cinco, a saber: que provenga de una declaración de voluntad; que haya capacidad legal; que haya consentimiento exento de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito, y que, tenga una causa igualmente lícita.

Lo que cuando se trata de contratos por correspondencia, ellos, necesariamente deben cumplir con este requisito, o sea que el acto es el producto de la manifestación de la voluntad.

- A. QUE PROVENGA DE UNA DECLARACION DE VOLUNTAD. Este a un contrato publicado por una casa editora con sede en lugar distinto, debe- Cuando analizamos los elementos del acto jurídico, concluimos diciendo que lo eran: la manifestación de la voluntad y las consecuencias u objetivos jurídicos deseados por los agentes. La voluntad, ya se lo dijo, debe ser expresa o tácita, importando únicamente en materia jurídica que sea expresada o exteriorizada de alguna manera y ofrecerse inteligible a los demás.

recta, porque no puede darse en disconformidad con la voluntad real, bien sea por la reserva mental, por las simulaciones, por fraude a la Ley, o por fraude pauliano, porque como lo dice la excelentísima Corte en casación de 4 de octubre de 1982, "El instrumento más eficaz de que los pueblos se han valido para satisfacer las necesidades y, por ende, para regular sus relaciones lo constituye el negocio jurídico. Por tal virtud espera la sociedad y la Ley que las declaraciones de voluntad emitidas por las partes respondan a una intención seria, esto es, que las convenciones sean reales y no fingidas, pues sólo las primeras merecen el respeto y tutela jurídica...". 30/

Bien puede acontecer y a menudo se presentan en el campo del comercio jurídico, casos en que la voluntad exteriorizada no coincide con aquella que se gesta en el interior del agente a través del correspondiente proceso síquico motivado, como cuando en el acto que se exterioriza se obra con reserva mental, con simulación, con fraude a la Ley o con fraude pauliano, supuestos que vale la pena conocer aunque en forma sumaria, toda vez que se pueden relacionar con el tema que tratamos.

1. La Reserva Mental. - que no coinciden con los ofrecidos. Según la doctrina, toda reserva mental carece de eficacia para el
- Según Héctor Cámara, citado por Valencia Zea, "ella consiste en querer intencionalmente una cosa contraria a la que la relación con quien actúa con reserva mental, sus efectos se

se manifiesta como deseada". 31/ Hay que distinguir la reserva mental de los vicios de la voluntad y de la simulación. Con los primeros se diferencia porque el agente está consciente de la voluntad que manifiesta y tiene también conciencia de que él se reservó algo en su voluntad real y de la segunda, en el sentido que uno de los contratantes o agentes conoce la reserva, en tanto que el otro, la ignora. Por tanto, la reserva mental consiste en que se quiere algo, mas no se desean los efectos. La doctrina no acepta los casos en los cuales uno de los agentes ha procedido en la declaración de la voluntad con cierta reserva, para que así el acto tenga otros efectos, por tanto los considera como ineficaces, ya porque la conducta de quien se reservó mentalmente unos efectos distintos a los que se producen, conlleva dolo, o ya porque esos actos van en contra de las exigencias del comercio jurídico, de la buena fé y seguridad en las transacciones.

La reserva mental también puede darse en los contratos por correspondencia, en los casos en los cuales el agente que exterioriza la voluntad actúa con cierta reserva mental para que su acto cumpla los efectos que internamente ha concebido, como cuando se ofrece al público por una empresa ciertos bienes o servicios que no coinciden con los ofrecidos. Según la doctrina, toda reserva mental carece de eficacia para el agente que obra con reserva y por lo mismo no se le permite modificación del acto; en cambio, para la parte que tuvo la relación con quien actuó con reserva mental, sus efectos se

31/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1978. Op. Cit. Pág. 69.

rigen tomando en cuenta la manifestación declarada y no la real, pues en materia contractual tiene rígida aplicación el principio de la buena fe. La ley concede, en favor de los perjudicados, la llamada "acción de simulación".

2. La Simulación.- Doctrinaria y jurisprudencialmente, se clasifica como absoluta o relativa, según que no se hubiere que En la Sentencia de Casación de 4 de octubre de 1982, ya citada, se lee: "... a pesar de los principios éticos y del Derecho positivo destinado a lograr que las partes asuman en sus convenciones una conducta sincera entre ellos y respecto de terceros, se tiene que no es insólito que en las relaciones contractuales, de manera deliberada, exista una disconformidad entre la voluntad real y la voluntad declarada. Cuando tal cosa acontece, la doctrina universal, desde la época del Derecho Romano, viene calificando dichos ajustes contractuales de negocios jurídicos simulados...".
- La simulación se caracteriza sustancialmente por un ingrediente psicológico, que es la intención de engañar por una divergencia entre la voluntad públicamente expresada y la voluntad real de los agentes. Se ha cuestionado que la simulación es el resultado de dos actos convencionales, independientes entre sí, anotando que la doctrina está de acuerdo en que en la simulación hay un solo convenio que se origina en un mismo concierto de voluntades y que simultáneamente se dirige, por un lado, a obtener efectos jurídicos con relación a terceros, y por otro, efectos internos para los agentes vinculados por el acto. En consecuencia, los elementos de la simulación, son: una disconformidad consciente entre lo declarado y la voluntad real; el acuerdo de las partes para producir la disconformidad y como conse-

cuencia de ésta, el engaño para terceros, advirtiéndole que la disconformidad y el engaño no siempre comportan perjuicios, pero que de originarlos, la Ley concede, en favor de los perjudicados, la llamada "acción de simulación".

La simulación, doctrinaria y jurisprudencialmente, se clasifica como absoluta o relativa, según que no se hubiere querido celebrar acto alguno concreto, o "se crea una apariencia para encubrir otro acto". En otras palabras, la simulación es absoluta cuando la contraestipulación "destruye" totalmente los efectos del acto que se revistió de publicidad. Se aparenta un acto que los agentes no han deseado, como cuando se hace constar una venta en la cual quien figura como vendedor no ha querido vender y quien figura como comprador, no ha querido comprar. La simulación es relativa cuando se hace constar en el acto algo distinto de lo convenido realmente por las partes. En este caso los agentes sí han querido celebrar un contrato, que no es el que aparece a la luz pública y así pueden presentarse en esta modalidad aquellos que tienen que ver con la naturaleza del negocio, como cuando se hace constar una compraventa, pero que en el fondo es una donación, o aquella que se refiere a la persona, como cuando entre cónyuges, con sociedad conyugal vigente se quiere enajenar inmuebles directamente pero se recurre al "testaferro", o aquella de contenido o condiciones, como cuando se disimula un precio diferente, más bajo del que realmente se contraestipuló. La, o por los agentes o por terceros intervinientes. Con anterioridad a 1935, la simulación La simulación puede darse en los contratos por correspondencia, aunque no en el volumen que se dan por reserva mental, ello por razón de que siendo característica de los contratos por correspondencia la ausencia de las partes, ella dificulta

la concurrencia de la voluntad y el consentimiento para engañar a terceros, sin que ello obste para que en algunos casos se franquee la dificultad y se logre engañar a terceros u obtener los efectos perseguidos.

Los efectos de la simulación se predicen para las partes y para terceros; para las partes prevalece el negocio que se ha querido realmente y por tanto, no tiene efectos el que se ha simulado, según se desprende de la norma del Artículo 1618 del Código Civil que establece que es necesario conocer la verdadera intención de los contratantes, y que conocida, prevalecerá frente a la expresión literal de la misma. De igual manera el Artículo 1766 ibidem prevee que cuando se hubiere otorgado escritura pública, las privadas destinadas a alterar a aquellas, sólo producen efectos entre esas partes y no para terceros.

3. Fraude a la Ley.

Para los terceros, a su turno, los efectos de la simulación son de dos clases: prevalece el secreto en el caso de que la contraestipulación hubiese sido conocida por él; y prevalecerá la estipulación pública, cuando el tercero hubiera actuado de buena fé, porque desconocía la contraestipulación.

La simulación de los actos jurídicamente se sanciona ora con la inexistencia, ora con la prevalencia, según que se ataque por terceros de buena fe, o por los agentes o partes intervinientes. Con anterioridad a 1935, la simulación se sancionaba con nulidad porque se argumentaba que el acto no era serio, porque el consentimiento creaba una simple apariencia, porque no conllevaba el ánimo de obligarse y que, por último, carecía de causa por no originar una prestación.

y una contraprestación. Tal criterio se modificó en el sentido de que la nulidad no podía extenderse a los terceros de buena fe y eso por equidad, ya que el tercero era ajeno a las convenciones ocultas de los agentes quienes celebraron un acto nocivo a los intereses del tercero. En los contratos por correspondencia y aplicando las normas generales, cuando se da la simulación, prevalece la contraestipulación para las partes y para el tercero que la conoce, en tanto que para los terceros de buena fe prevalece la estipulación pública de fácil demostración con los eficaces documentos contentivos de la oferta, y consecuentemente habría que aplicar las sanciones de prevalencia o inexistencia del acto. En ningún caso puede el juez declarar válida un acto que la Ley ordena que sea nulo. Lo transcribo está indicando que las normas positivas de los Estados,

3. Fraude a la Ley. En todo caso se preserva la integridad de la Ley, el orden público y las buenas costumbres, llegando a él. Existen diversos actos celebrados por los particulares que desconocen o dejan sin eficacia normas de orden público o que vulneran las buenas costumbres. En efecto, en los actos jurídicos suelen acordarse situaciones como cuando entre cónyuges se enajenan inmuebles, acto que a todas luces no es permitido atendidos los textos de los Artículos 1852 del Código Civil y 30. de la Ley 28 de 1932, violación que puede darse directa o indirectamente, como cuando se acude a los servicios del "testaferro". Por medio del fraude a la Ley, las partes buscan un resultado o sea el negocio jurídico, en tanto que con la simulación, no se lo desea, o si se lo desea, se persiguen otros efectos. El fraude a la Ley se condiciona por estos elementos: intención de violar la Ley, y eficacia de los medios utilizados para quebrantarla.

El fraude a la Ley es abiertamente ilícito, los actos que se celebran vulnerando el orden legal o atentando contra las buenas costumbres se sanciona con nulidad o invalidez, ya que no es equitativo que por un acto privado se atente y se deje sin validez normas de orden público de ineludible cumplimiento. Así se desprende de la norma del Artículo 60. del Código Civil Colombiano que literalmente expresa: "... En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley, si en ella no se dispone otra cosa..". Este mismo alcance se desprende de los artículos 9 y 10 del Código Civil Ecuatoriano cuando expresa: "Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención", "en ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la Ley ordena que sea nulo". Lo transcrito está indicando que las normas positivas de los Estados, ordenan que en todo caso se preserve la integridad de la Ley, el orden público y las buenas costumbres, llegando a situaciones en las cuales los particulares deben renunciar a derechos conferidos por las Leyes que miran al interés individual y que su renuncia no esté prohibida, siempre que se halle en pugna con situaciones de interés social. Acto o contrato, conporta como consecuencia jurídica la revocación, y que cuando En los contratos por correspondencia, también existe la posibilidad de que se den actos que desconozcan o dejen sin efecto las leyes, en cuyo caso, debe aplicarse como sanción ya la declaratoria de nulidad o de invalidez, como cuando los mandatarios ofrecen bienes del mandante utilizando los medios publicitarios y es el mismo mandatario quien los adquiere, sin reparar que de conformidad con el Artículo 2170 del Código Civil, está prohibido para evitar así abusos y ventajas desmedidas en esas operaciones. Sin embargo, según el criterio

del profesor Bonivento Fernández, la nulidad que se debe aplicar es de tipo relativo, porque deja la posibilidad de convalidarse con la autorización del mandante y que puede comprender muebles o inmuebles. 32/

4. Fraude Pauliano. -

Esta figura se relaciona con aquellos negocios que siendo serios, queridos y regulados por la Ley, ocasionan fraude. En estos actos concurren dos elementos: un perjuicio sufrido por el acreedor a causa de los contratos que celebra el deudor con un tercero, dándose la disconformidad de la voluntad real con la expresada en el acto fraudulento que se conviene entre el deudor y el tercero, con mengua de los derechos del acreedor. Frente a este artificio, la Ley consagra la llamada acción "Pauliana", suígeneris que hace via

ble la revocación del contrato celebrado entre el deudor insolvente y el tercero y cuyo objetivo principal es el resarcimiento de los perjuicios que se ocasionen al acreedor.

El fraude pauliano que se inspira en un acto o contrato, comporta como consecuencia jurídica la revocación, y que cuando ha sido oneroso para el tercero, se limita en lo necesario a resarcir los perjuicios del acreedor y, que cuando ha sido gratuito, el bien debe regresar a la masa o prenda general de los acreedores, para que opera con el resarcimiento.

32/ BONIVENTO Fernández, José. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Edit. Librería del Profesional. Op. Cit. Pág. 30.

La capacidad se define como "la aptitud para ser sujeto de

Es posible que el Fraude Pauliano se de en un contrato por correspondencia, con la circunstancia adicional de que como en la simulación, reviste cierto grado de dificultad, por cuanto debe existir entre las partes, entre quien formula la oferta y quien la acepta, el acuerdo de inferir un perjuicio al acreedor. En tal evento, la consecuencia jurídica será la revocación que en caso de ejercitar la acción Paulina por el acreedor, los bienes que han quedado por fuera de la "prenda general", es decir aquellos bienes presentes y futuros fuera de los que la Ley declara inembargables, están afectos al pago de las obligaciones del deudor que ha obrado con fraude, y por tanto, deben regresar a formar parte del patrimonio cuando el acto se dio a título gratuito, o a resarcir los perjuicios, si el acto fue oneroso para el tercero.

B. LA CAPACIDAD. La acción de voluntad exige la capacidad legal, entendiéndose la como la facultad de las personas para realizar actos jurídicos.

La calidad o condición de persona, exige la concurrencia de propiedades o caracteres que son sustanciales, inherentes que se conocen bajo la denominación genérica de "atributos de la personalidad", que son inseparables de la persona, numerosos, variados y que difieren en opinión de distintos autores y aún en las distintas legislaciones positivas. No obstante, hay una relativa uniformidad con respecto a algunos que se estiman fundamentales, como el domicilio, capacidad de goce, nombre, nacionalidad, estado civil y patrimonio.

1. La Noción.

La capacidad se define como "la aptitud para ser sujeto de

Derechos, por una parte, y aptitud para ejercer esos derechos mediante negocios jurídicos". 33/ En cuanto a la aptitud para ser sujeto de Derechos, hace referencia a la posibilidad de que las personas sean titulares de Derechos, característica de la personalidad. En cambio, cuando se habla de la capacidad para ejercer Derechos y contraer obligaciones por sí mismo, nos estamos refiriendo a la capacidad de ejercicio, a la posibilidad de que una persona pueda ejercitar libremente el derecho que posee o de que es titular. Por tanto, mientras que para ser titular de un derecho basta ser persona, para su ejercicio, se requiere que esa persona tenga las cualidades necesarias para ello. La capacidad de ejercicio tiene que ver con el criterio de protección que el Legislador da a aquellos actos en los cuales la persona no ha tenido suficiente capacidad de discernimiento o experiencia para comprender el alcance y las consecuencias del acto. Este es el contenido del Artículo 1502 del Código Civil, que para la validez de un acto o declaración de voluntad exige la capacidad legal, entendiendo la como la facultad de las personas para realizar actos jurídicos por sí mismas y sin la tutela o autorización de otra persona. En consecuencia, habrá incapacidad legal cuando quiera que se predique restricción a la posibilidad de celebrar actos jurídicos. Sin embargo, es bueno tener en cuenta que en materia de capacidad, rige la norma de una capacidad general y como excepción las incapacidades que se desprenden del texto del Artículo 1503 del Código Civil que en cierta manera está recogida por el Artículo 12 del Estatuto Comercial, cuando expresa: "Toda persona que según las Leyes co-

33/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil parte general y personas. Op. Cit. Pág. 500.

munes tenga capacidad para contratar y obligarse, es hábil para ejercer el comercio; las que con arreglo a esas mismas leyes sean incapaces, son inhábiles para ejecutar actos comerciales".

Según lo dicho, están dotados de capacidad legal para celebrar contratos por correspondencia todas las personas de la especie humana, siempre que no se hubiese predicado restricciones en el ordenamiento civil, ya que en materia mercantil el estatuto se remite a dichas incapacidades.

2. La Incapacidad.-

Puede ser de dos clases: según que el sujeto no pueda realizar todos o una gran mayoría de actos jurídicos o según que el sujeto esté inhabilitado sólo para algunos; por tanto, la incapacidad puede ser general o particular.

a. La Incapacidad General.-

Está prevista por la Ley para todos o una gran mayoría de actos jurídicos, con fundamento en la protección a la autonomía de la voluntad en los humanos que carecen de discernimiento o de experiencia necesaria. La incapacidad general a su vez puede ser absoluta o relativa, según se desprende de la norma del Artículo 1504 del Código Civil, que expresa: "Son absolutamente Incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito", y del inciso tercero de la norma modificado por el Artículo 60 del Decreto 2820

de 1974, que establece: "Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción, pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las Leyes".

1. Incapacidad general absoluta.

De la anterior norma, los primeros en la enumeración se rigen con incapacidad absoluta, por tanto, para que los actos jurídicos que ellos realicen sean eficaces, es necesaria la intervención de un representante legal, de un guardador.

Los actos que los incapaces de esta especie realizaran, son nulos, con nulidad absoluta, por ministerio de la Ley. De esta manera si un demente ofrece por correspondencia objetos determinados, el acto es nulo, con nulidad absoluta que debe ser decretada de oficio por el juez, a solicitud del Ministerio Público o de cualquier otro interesado, como así lo indica la Ley 50 de 1936. Hay que entender por demente, en su acepción legal, la persona que carece de las facultades de crítica, juicio y discernimiento en forma permanente, como aquellos sujetos afectados por locura, imbecilidad, cretinismo o cualquier otro retraso mental grave y que según Ospina Fernández padecen "afecciones sico-patológicas, aunque sean transitorias, que coloquen a la persona que las padece en imposibilidad de emitir una manifestación normal y seria de voluntad". Igualmente descarta el

autor de la incapacidad absoluta en los actos, a quienes lo celebran bajo la influencia del alcohol o las drogas, porque estos actos pueden ser atacados por dolo, violencia o vicios del consentimiento. La Ley ha previsto para la demencia, como causal de nulidad del acto, la posibilidad de decretar la interdicción, evento en el cual todos los actos llevan la presunción de invalidez "juris et de jure", como así se entiende de la norma del Artículo 553 del Código Civil, en tanto que si el acto se celebra por un demente que no esté interdicto, él se presume válido, a menos de acreditar que el sujeto, en ese preciso instante, estaba demente.

Fuere de las incapacidades generales absolutas exige

Con respecto a los sordomudos, aquellos que congénitamente o por otras causas pierden las funciones de audición y fonación, también se establece nulidad absoluta para los actos realizados y siempre que no puedan "darse a entender por escrito", pero con la circunstancia adicional de que sea inepto para realizar con plena conciencia los actos, porque bien puede ocurrir que la sordomudez se adquirió, una vez cumplido el total desarrollo sico-somático, o que por los avances de la técnica y de la ciencia, el sordomudo hubiese logrado actuar con plena conciencia y discernimiento, demostrando que puede entender y hacerse entender y que actúa con suficiente inteligencia para administrar sus bienes, casos en los cuales, podrá solicitar que cese la curaduría, como así lo prevee el Estatuto Civil en su Artículo 560.

En cuanto a los impúberes que según la Ley positiva son: el varón que no ha cumplido los catorce años y la mujer que no ha cumplido los doce, que por falta de madurez física y síquica no llegan a conseguir un grado de discernimiento que los faculte para velar racionalmente por sus intereses, la Ley prevee que los actos que realicen, comportan nulidad absoluta, a pesar de que cuando se ha llegado a los siete años se dice que se obtiene conciencia; por su parte, los actos de los menores de siete años, los infantes, son inexistentes.

2. Incapacidad General Relativa.-

Fuera de las incapacidades generales absolutas existen otras de tipo relativo que se han previsto para los menores adultos y para los disipadores en interdicción judicial, ya que sus actos pueden revestirse de valor "en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por la Ley".

En cuanto a los menores adultos, o sea, varones mayores de catorce años y mujeres mayores de doce que no hubiesen cumplido los dieciocho, los actos que ellos realicen se condicionan por incapacidad relativa, siempre que no se hubiesen dado bajo la asistencia de sus representantes legales.

En cuanto a los disipadores, o sea aquellas personas que conscientes de sus actos, pero que por ostentación u otros sentimientos dilapidan sus bienes, comprometiendo seriamente su patrimonio y el de los

familiares, la Ley autoriza la interdicción, medida judicial con la cual se prohíbe la realización de todo acto de administración y que si se contraviene, el acto queda afectado con nulidad relativa.

De consiguiente, los actos que celebren los menores adultos y los interdictos judicialmente declarados conllevan nulidad relativa que puede alegarse por el representante legal o por el propio afectado cuando dejen de ser incapaces. Esta nulidad es susceptible de ratificación.

b. Incapacidad Particular.-

Esta incapacidad legal emana del inciso final del Artículo 1504 del Código Civil que expresa: "Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la Ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Fácilmente se comprende que fuera de las incapacidades generales, absolutas y relativas, la Ley ha propuesto otra clase de incapacidad para ciertas personas que siendo capaces generalmente, son incapaces para celebrar determinados actos que recaen sobre objeto ilícito.

Dentro de estas incapacidades de tipo particular o especial se hallan aquellas provenientes del vínculo matrimonial o del parentesco, como cuando el Artículo 1852 Ibidem prohíbe la compraventa en-

tre cónyuges no divorciados y entre padres e hijo de familia, que tienden a preservar los intereses de los agentes y de terceros. También se encuentran incapacidades especiales provenientes del cargo, como cuando según el Artículo 1853 ídem, se prohíbe a los administradores "de establecimientos públicos vender parte alguna de los bienes que administran y cuya enajenación no esté comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de autoridad competente"; son igualmente incapacidades especiales las previstas en la norma del Artículo 906 del Estatuto mercantil, aplicables a la compraventa.

Todas estas incapacidades especiales conllevan nulidad absoluta o relativa, según el caso específico de que se trate; por tanto, si en un contrato por correspondencia un administrador de establecimientos públicos, vende bienes encargados a su administración, sin estar facultado para ello, el acto es nulo, con nulidad absoluta o relativa y según que el acto hubiese sido convalidado o saneado por la autoridad competente, como así lo ha dicho el Profesor Bonivento. 34/ En esta clase de actos se prohíbe su realización por motivos de orden público, en cuyo evento la nulidad es absoluta, pero la misma disposición establece la posibilidad de que haya autorización expresa de la autoridad competente. Es

34/ BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los Comerciales. Op. Cit. Pág. 24.

evidente que por elementales razones de equidad, cuando se incurre en esta clase de actos donde el agente que compra es ajeno a la calidad que tiene el vendedor, la nulidad debe ser relativa y de esa manera evitarle los perjuicios que se pueden desprender, es decir, que se sanea el vicio con la autorización del funcionario o autoridad competente.

C. EL CONSENTIMIENTO.

En sentido vulgar consentimiento significa adhesión unilateral a algo. Etimológicamente viene del latín "cumsentire", indicativo de que dos personas quieren una misma cosa. El Código Civil en el Artículo 1494 expresa que: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas...", para significar que el consentimiento se da cuando esas personas expresan su voluntad hacia un mismo querer; por tanto, una de las partes asume la posición de proponente o formula una oferta y la otra declara querer lo mismo que se le ha propuesto, es decir, que no se toma en el consentimiento las manifestaciones de voluntad de los agentes por separado, sino que a estas se las mira en forma unificada.

Así tenemos que el consentimiento en el contrato de compraventa es "... la expresión de la voluntad de las partes acorde con el objeto y el precio..." ^{35/}. Por tanto, el consentimiento en los contratos por correspondencia se dará cuando quiera que exista esa manifestación de la voluntad de una de las partes ofreciendo

^{35/} BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Op. Cit. Pág. 34.

un bien o un servicio determinado y cuando la otra a través de su manifestación de voluntad lo acepta, para obtener lo querido.

Por ser la formación del consentimiento un elemento indispensable sobre el que gira la celebración de los contratos por correspondencia, en el capítulo siguiente dedicaremos un estudio de mayor detenimiento y que se referirá a la formación de los contratos por esta modalidad o sistema.

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Conviene estudiar, aunque sea someramente los vicios del consentimiento, que de conformidad con nuestro Código Civil son el error, la fuerza y el dolo, instituciones previstas para proteger a los agentes de su propia ignorancia, de las coacciones de que pueden ser víctimas, del error provocado cuando es consecuencia del dolo, porque, como se sabe, requisito esencial de existencia de los contratos es el consentimiento que sea consciente, libre y sano.

1. El Error.-

Jurídicamente y a diferencia de la filosofía, el error comprende a la ignorancia, porque pueden existir vicios en el consentimiento provenientes de un error o de una ignorancia. Decimos según Ospina Fernández que "error es la falsa noción de la realidad", o lo que es lo mismo, "... consiste en la discrepancia entre una idea y la realidad

que esta pretende representar" 36/, es decir que entre el aspecto interno o subjetivo del individuo y la exteriorización o realidad se da una disconformidad o falta de concordanza.

Doctrinariamente se elabora una clasificación del error, según que él recaiga en el ordenamiento jurídico o no recaiga en él; se habla, por consiguiente, de error de hecho y error de Derecho.

a. Error de Derecho.-

En líneas generales el error de Derecho se presenta cuando el acto de voluntad exteriorizado, se da por ignorancia, por mala interpretación, por desconocimiento o por reputar inexistente una norma jurídica vigente. Nuestro Código Civil a diferencia del Derecho francés, establece que los errores en Derecho no vician el consentimiento. En efecto, los franceses sostienen que si el error se da en Derecho o en hecho, tales actos así celebrados conllevan inexistencia. Nuestro Estatuto Civil por su parte, en el Artículo 1509 dispone lo contrario, basándose en que si se procediese en forma contraria, se pondría en peligro al orden público y al comercio jurídico, "... el error sobre un punto de Derecho no vicia el consentimiento", situación que se reafirma a la luz del Artículo 9, ibidem, según el cual:

36/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 187.

"La ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Igual tratamiento al error de Derecho le ha dado la legislación ecuatoriana en la norma del Artículo 1495 del Código Civil. Sin embargo, en nuestro Código Civil se prevee una excepción a la regla general, en el Artículo 1315 que dice: "Se podrá repetir aún lo que se ha pagado por error de Derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural". Esta norma contiene el Derecho para recuperar lo que se ha pagado por lo no debido y con base en un error de Derecho, cuando ni siquiera se puede hablar de obligación natural.

b. Error de hecho.

El error de hecho está contemplado en los Artículos 1510 a 1512 del Código Civil.

El error de hecho se ha clasificado por la doctrina, teniendo en cuenta tres categorías: "Errores obstáculos u obstativos", que conllevan como consecuencia la inexistencia y la nulidad del acto, puesto que impiden el nacimiento del mismo; errores nulidades o errores dirimentes, que siendo esenciales originan rescisión judicial o anulación; y los errores indiferentes que no impiden el perfeccionamiento, ni afectan la validez de los actos respectivos.

1. Error Obstáculo.

doctrina francesa y que según Ospina Fernández incurre en un error cuando trata de identificar dos instituciones jurídicas totalmente distintas, como son el disenso y el consentimiento erróneo. En efecto, el disenso consiste en un desacuerdo de las partes, "cuyas declaraciones de voluntad en vez de encontrarse y unificarse, se apartan y toman rumbos divergentes", 37/ siendo la principal consecuencia de ella la inexistencia del acto, esto es, que de Derecho no produce efecto alguno y que por tanto, el acto no puede ser modificado con posterioridad, ya sea por ratificación del acto, por prescripción o por otro mecanismo, ya que ni el transcurso del tiempo, ni la voluntad de los agentes son capaces para "dar vida pretérita a lo que no ha existido". La única solución valedera sería la celebración de un acto jurídico totalmente nuevo y con efectos hacia el futuro. En forma contraria, el error de hecho tiene operancia distinta, ya que el acto sí bien existe, éste se encuentra viciado, pero necesita una declaración de rescisión y además puede ser convalidado por los agentes, porque el acto sí existió, pero con error en el consentimiento. Según el mismo tratadista, nuestro Código Civil no ha contemplado en su articulado a esta clase de errores del consentimiento, pues por una parte la teoría del "error obstáculo" hace desde ya inexistente el acto, esto es, que el acto jamás existió, situación que la consideró

37/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 179.

don Andrés Bello al comprender el alcance filosófico-jurídico de dos instituciones totalmente distintas.

Según se desprende de lo anterior, en los contratos por correspondencia, bien puede existir disentimiento, o sea que las partes no llegan a obtener concordancia entre sus declaraciones de voluntad, esto es, que pudo presentarse un desacuerdo consciente, como cuando quien ofrece un artículo "quiere y dice ven-der" tal artículo y el aceptante "quiere y dice com-prar" otro distinto, evento en el cual se dará inexistencia del acto, no por error del consentimiento, sino por disentimiento. Por su parte, habrá error en el acto, por tanto tendrá eficacia jurídica mientras no se declare la rescisión judicial o nulidad, cuando las declaraciones coinciden, pero la de uno de ellos o la de todos no coincide con su voluntad real, como cuando en la celebración de un contrato por correspondencia se hace la oferta de venta en inglés y que por desconocimiento del idioma, quien la acepta, piensa que se trata de un premio, o cuando piensa que se trata de artículos diferentes.

El acto inexistente puede originar efectos con res-pecto a los agentes y con respecto a terceros, pero esos efectos no son tutelados o protegidos por la Ley. Sin embargo, cuando quiera que se hubieran originado efectos de hecho, sería necesaria la in-tervención judicial, no para declarar la nulidad o invalidez del acto que es inexistente, sino "obli-
gando a las partes a que celebren el negocio como

lo ordena la Ley", o también, "ordenando el restablecimiento anterior". 38/

Para completar la idea, se debe considerar que la sentencia en caso de nulidad de un acto, conlleva la destrucción del mismo, en tanto que la inexistencia, conlleva la necesidad de declarar que el acto no existió, que no nació a la vida jurídica y que por lo mismo, no se ocasionaron efectos de Derecho. De esta suerte, si un contrato por correspondencia que se pensó había existido en la vida jurídica, pero en el que se configuró un verdadero disenso entre los agentes, en Derecho no produce efectos; tal sería el caso de haber enviado el proponente un bien determinado y que el aceptante recibiera lo que no quería comprar. Ese acto de por sí, es inexistente y según Valencia Zea "el vendedor carece de acción para coaccionarlo judicialmente para el pago" 39/, correspondiéndole al juez únicamente en el caso de acudir ante él, declarar la susodicha inexistencia y como consecuencia, disponer que se celebre de conformidad con la Ley, o que se restablezca lo anterior.

Como puede verse, pueden ser muchos los contratos que se celebren por correspondencia que serían in-existentes ante la Ley, cuando en ellos obró el

38/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil, Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 555.

39/ VALENCIA Zea, Arturo. " " " "

disentimiento entre los agentes, ya que por razones de la distancia, es obvio que estos en forma consciente y sin incurrir en error, formulen declaraciones divergentes.

relacionados con el curso. A esta clase de error se le aplica la nulidad relativa, conforme a la

2.

Error de hecho dirimente.- El tratadista Valer-
Zae en su obra de Derecho Civil nos dice que es

Conocido también como error nulidad. Dentro de esta clase de errores encontramos los relacionados con la naturaleza del negocio; con la identidad de la cosa específica; con la sustancia o calidad esencial de la cosa; con las calidades accidentales de la cosa; con la persona; y, con la causa o móvil que induce al contrato.

1. Error en la naturaleza del negocio.

Este error se da cuando versa sobre las modalidades de la esencia del acto o contrato, como cuando los agentes declaran celebrar un acto que es disconforme a la voluntad real, es decir que se incurre en un error como el caso en que el proponente ha ofrecido en venta un bien y el aceptante lo toma como recompensa. Este error, de conformidad con el Código Civil en su Artículo 1741 lleva a la nulidad relativa, como consecuencia jurídica.

II. Error en la identidad de la cosa.

Se da con respecto al bien objeto del contrato, co-

40/ VALERGA Zae; Artista. Derecho Civil. Parte General y Particular.
Op. Cit. Pág. 512.

41/ OSPINA P. Error en la identidad de la cosa. Teoría Ge-
neral de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 194.

mo cuando el vendedor ofrece y vende un curso de aprendizaje por correspondencia y debido a la ignorancia del comprador, acepta el curso creyendo que se trata de un equipo de elementos de trabajo relacionados con el curso. A esta clase de error se le aplica la nulidad relativa, conforme a la norma anteriormente citada. El tratadista Valencia Zea en su obra de Derecho Civil nos dice que en este evento se presente inexistencia del acto 40/, y según Ospina Fernández, hay nulidad relativa porque el error radica en el acuerdo sobre un bien que no coincide con la voluntad real, posición que acogemos en nuestro trabajo. Habría inexistencia del acto, cuando en la realidad los agentes, por separado, quieren vender o quieren comprar un bien distinto. 41/ etc. Entendemos, habrá vicio del consentimiento que lleva nulidad relativa, cuando se presenta un error en cuanto a

Tanto el error sobre la identidad de la cosa como el de la naturaleza del negocio se sanciona con nulidad relativa, porque rige para ellos la presunción de que "quien los comete no habría celebrado el acto de haberlos conocido". 41/

III. Error sobre la sustancia del objeto.

Este error se presenta en los actos en los cuales

40/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 517.

41/ OSPINA Fernández Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 194.

42/ OSPINA Fernández Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 195.

se tiene en consideración más que todo, la cualidad principal y las características que sirven para individualizar un objeto, distinguiéndolo de los demás de su especie. El error sobre la sustancia del objeto está previsto en el Código Civil en su Artículo 1511 que a la letra dice: "El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante".

El primer inciso de la norma nos trae la concepción que de esencia o sustancia se debe tener en el objeto, concretándolo específicamente en un sentido objetivo y material acorde con el destino que le da el hombre, y no en una "noción netamente subjetiva e intencional" ^{42/} Lo anterior porque existe otra clase de errores que se llaman accidentales y que miran a los aspectos inmateriales del objeto, como la antigüedad, el origen, la fama, etc. Entonces, habrá vicio del consentimiento que lleva nulidad relativa, cuando se presenta un error en cuanto a la esencia misma del objeto, como cuando se quiere comprar oro y el objeto simplemente tiene un baño de ese metal, o cuando compra agujas de sastrería creyéndolas hipodérmicas. Los contratos por correspondencia pueden afectarse en lo atinente al consentimiento por errores de esta naturaleza, cuando se

^{42/} OSPINA Fernández Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 195.

den los casos anteriormente citados.

IV. Error sobre las calidades accidentales del objeto.-

Este error se presenta con base en el motivo determinante del agente al celebrar esa clase de actos.

El Artículo 1511 del Código Civil en su segundo inciso contempla este evento, tratando de diferenciar a los errores que se presentan en la sustancia objetiva de los bienes para concretarlos en las calidades accidentales o extrínsecas de los mismos. Se toma en cuenta, en este caso, el motivo o el móvil del agente para celebrar el acto, como cuando se adquiere un bien por su antigüedad o por su origen.

"El error acerca de otra cualquiera calidad, expresa el código, de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

Sin embargo, según el texto de la norma, cualquier otro error sobre calidad del objeto que no mire la sustancia, no configura vicio del consentimiento, sino cuando median otros requisitos, como que esa calidad fue el motivo determinante para contratar; que el motivo fue conocido por la otra parte, sin importar que el conocimiento provenga del respectivo interesado.

Por correspondencia puede celebrarse un contrato en el que se ofrecen bienes que son aceptados por otra

persona, creyendo que por tratarse de un museo, las piezas ofrecidas son antigüedades. Si el proponente conocía el motivo o móvil del comprador, se configura el vicio del consentimiento, en tanto que si este lo desconocía, no procede la nulidad y ello porque el vendedor pudo actuar con buena fe y la Ley le protege sus intereses. Sin embargo, debemos manifestar que la oferta debe estar bien hecha para así evitar irregularidades en el acto, como oportunamente veremos en el estudio de la formación de los contratos por correspondencia y concretamente en la oferta.

V. Error acerca de la persona.

Este error se presenta en aquellos negocios o actos celebrados por la calidad o por la identidad de la persona con quien se lo haya celebrado. El error en la persona está consagrado en el Código Civil, en su Artículo 1512, cuando expresa: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato". Según este precepto puede darse el vicio en el consentimiento del agente cuando ha sufrido confusión en relación con el otro agente con quien quería contratar. El error puede ser por la calidad o por la identidad, siempre que estas hubieran sido el motivo determinante en la voluntad de uno de los agentes, como cuando se contrata con una persona creyéndola pintora, o como cuando

se acude ante un pintor cualquiera, creyéndolo el que se buscaba. Los contratos por correspondencia también pueden afectarse en el consentimiento por error en la persona, y esto en razón de la resonancia que puede tener un menor o mayor grado de comunicación o la eficacia de los medios empleados, porque bien puede una persona hacer una oferta relacionada con la venta de su libro cuyo autor coincide con el homónimo, pero de renombre, y que cuando quiera que la oferta hubiere sido aceptada por otra persona, ese consentimiento estará viciado de nulidad.

VI. Error en la causa.

Por causa se entiende, según el Artículo 1524 del Código Civil "el motivo que induce al acto o contrato...", y según ese mismo precepto, "No puede haber obligación sin causa real y lícita...". La excelentísima Corte Suprema de Justicia ha dicho que causa "son los móviles determinantes del acto jurídico que han sido conocidos de las partes...". Sentencia de 7 de octubre de 1938. ^{43/} El conocimiento de los móviles determinantes por las partes, es lo que va a marcar el vicio del consentimiento.

En efecto, habrá error en la causa, por ejemplo, cuando se paga pensando que esa prestación tiene una causa, valga el caso que trae el profesor Car-

^{43/} ORTEGA Torres, Jorge. Código Civil comentado. Op. Cit. pág. 646. Op. Cit. Pág. 33.

doso Isaza según el cual "un heredero que paga un legado establecido en un testamento revocado". 44/ Pero para que se configure el error y de lugar al vicio en el consentimiento es necesario que los móviles sean determinantes, y que ellos sean conocidos de las partes a tiempo de celebrarse el contrato, como así lo ha dicho la Corte.

Relacionando los anteriores conceptos con los contratos por correspondencia, advertimos que se pueden presentar errores en la causa capaces de viciar el consentimiento, como cuando se publica en un diario la obligación de los miembros de una sociedad de aportar capital para su funcionamiento, para cuyo efecto un miembro que había sido expulsado, cumple con una obligación que creía existir y que realmente carecía de causa. Este error vicia el consentimiento porque contraría el motivo determinante: cumplir con la obligación de socio, y además, porque quien hizo la oferta, sabe que ese es el propósito o motivo del agente.

Hay que destacar que de conformidad al Artículo 1741 del Código Civil, está prevista la nulidad de los actos o contratos que se sustentan en objeto o causa ilícita, por la omisión de un requisito legal imperativo, previsto para ciertos actos y por razón de incapacidad absoluta, enumeración de tipo taxativa, fuera de la cual no puede existir nulidad

44/ CARDOSO, Isaza Jorge. Obligaciones. Sus fuentes y su clasificación. Op. Cit. Pág. 33.

absoluta, porque además expresa que "cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da lugar a la rescisión del acto o contrato".. Por tanto, todos los vicios del consentimiento que se han estudiado, conllevan nulidad relativa, incluyendo el error sobre la causa, salvo que esta sea ilícita, como ya quedó puntualizado.

3. Error de hecho Indiferente.-

Continuando con los vicios del consentimiento, debemos anotar que algunos de ellos no alcanzan a tener fuerza para impedir el perfeccionamiento de actos jurídicos y que no afectan la validez. Es decir, que fuera de los errores de hecho considerados anteriormente, no existen otros que puedan viciar el consentimiento, como aquellos referentes a motivos que no sean determinantes del consentimiento, o que siéndolo, no hubiesen sido conocidos por la otra parte, tal es el caso aportado por Pufendorf, citado por Valencia Zea, como "el caso en que sobre una noticia falsa de la muerte de mis caballos hubiese comprado otros...". En esta situación, si el vendedor desconoce la muerte de los semovientes, o desconoce que ese es el motivo, el contrato será válido, aunque el motivo hubiese resultado falso; y a contrario sensu, si éste -el vendedor- lo conoce, el contrato celebrado, queda viciado de nulidad relativa.

2. El Dolo.-

Del concepto del Dolo se encarga el Artículo 63 de nuestro

Estatuto Civil, al decir: "... El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro", a su turno el Artículo 1515 *ibidem* prevee los eventos en que los actos o contratos quedan viciados de nulidad por existir dolo en el consentimiento: "El dolo no vicia el consentimiento, reza el artículo, sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado". Agrega en el inciso segundo: "En los demás casos, el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que ha reportado del dolo".

del tratadista Góngora Fernández cuando expresa que si la fuerza es aceptada
De las citas anteriores, tenemos que el dolo es todo error que sea conocido por uno de los agentes y que se aprovecha de él a través de mecanismos, supercherías o artificios, para formar un proceso síquico de tipo ilusorio y para que el otro agente adhiera o consienta sobre móviles o motivos inexistentes. El dolo conlleva mala fe y se encamina casi siempre para obtener un provecho en detrimento de la otra parte. Pero para que ese dolo opere como vicio del consentimiento, se necesita que cumpla con ciertos requisitos; según esto, cuando el dolo no cumple con los requisitos, el afectado por ese acto puede ejercitar acción indemnizatoria de perjuicios, y es por esto que la doctrina ha elaborado una clasificación en tres categorías: dolo dirimente, dolo fuente de responsabilidad civil y dolo indiferente o tolerado.

- a. **Dolo Dirimente.** *les el acto queda viciado en el consentimiento cuando se cumplen estos dos requisitos:*
Conforme con el Artículo 1515 ya citado, dos son los requisitos para que el dolo comporte invalidez en los actos jurídicos: que éste sea obra de una de las partes y que sea el motivo o móvil determinante del contrato. *de analogía a sabidas de que se exige, es que, necesario un criterio intencional; 2. que sea*
Si el dolo es obra de una de las partes que celebra el acto o contrato, débese tener en cuenta que si el error en que se hace incurrir a uno de los agentes emana de los terceros, el acto no queda invalidado, porque expresamente se ha señalado por el Código, situación que ha valido la crítica del tratadista Ospina Fernández cuando expresa que si la fuerza es aceptada como vicio del consentimiento cuando quiera que se ejercitara por un tercero, el dolo que así se de, también debería condenarse con la misma sanción porque "tan imperfecta es la voluntad que ha sido sorprendida por aquel -dolo-, como la que ha sido arrancada mediante el empleo de ésta -fuerza-, cualquiera que sea el origen del uno o de la otra". ^{45/} Sin embargo, el mismo tratadista nos dice que la doctrina en general está de acuerdo en aceptar que puede existir vicio en el consentimiento cuando las maniobras fraudulentas provienen de la complicidad en el dolo de un tercero y también cuando es ejecución de mandatarios o representantes legales o convencionales de una de las partes.

⁴⁵ / OSPINA Fernández Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 212.

En líneas generales el acto queda viciado en el consentimiento cuando se cumplen estos dos requisitos: que sea obra de una de las partes, y que sea el motivo determinante del acto o contrato; sin embargo, el profesor Eduardo Zuleta Angel dice que "para que haya dolo son necesarios cinco requisitos: 1. que el dolo haya sido empleado a sabiendas de que se engañaba, es pues, necesario un criterio intencional; 2. que sea reprehensible, contrario al orden social, inmoral, distinto a las costumbres; 3. que sea ejecutado por el contratante, requisito que no se presenta en los otros vicios del consentimiento; 4. que el móvil tenga el carácter de determinante; 5. debe ser probado, es decir, no se presume". 46/ A la doctrina del autor, vale acotarle que en cuanto hace referencia a las buenas costumbres, casi siempre el dolo conlleva mala fe, diferente al contenido y alcance del "dolo bueno". Referente a la circunstancia que debe probarse o demostrarse, el mismo Artículo 1516 del Código Civil lo estableció al expresar que: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la Ley. En los demás debe probarse". Se advierte que son excepcionales las presunciones legales de dolo, como la indignidad para suceder en los herederos o legatarios que hubieran ocultado el testamento.

b. Dolo incidental, fuente de responsabilidad civil.-

De la norma del Artículo 1515 del Código Civil se des-

46/ ORTEGA Torres, Jorge. Código Civil comentado. Op. Cit. Pág. 639.

prende que si la conducta dolosa que se ha dado en un acto no cumple con los requisitos antedichos, la víctima del engaño o de los medios artificiosos, puede ejercitar la acción indemnizatoria de perjuicios contra el agente que lo fraguó; pero le queda también la posibilidad de ejercitar la acción de restitución contra las personas que se hubieran beneficiado con el acto y hasta el tope o monto del beneficio, fundándose en el principio tradicional de que nadie puede enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro. Así se desprende del inciso segundo de la norma precitada que reza: "En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta la concurrencia del provecho que han reportado del dolo". Hay que advertir, como lo hace el profesor Ospina Fernández, que la norma en comento impropia mente habla de acción indemnizatoria para las personas que hubiesen derivado provecho del acto, porque de lo que se trata es de una acción de restitución diferente de la de indemnización.

47/

c.

Dolo indiferente, tolerado o bueno.- el móvil para que

Los antiguos juristas romanos elaboraron una teoría del

47/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 216.

"dolo bueno" y del "dolo malo", condenando al último. Actualmente hay ciertos actos en los cuales si bien no se apela a artificios para irrogar daños, ellos pueden tolerarse porque algunas veces se actúa a sabiendas o con imprudencia y descuido capaces de neutralizar el dolo, como lo ha señalado la Corte en Casación de 23 de Noviembre de 1936, donde se lee: "Es de anotar que en lo general, se miran con tolerancia benévola ciertos actos de que son ejemplos las exageraciones del vendedor sobre las excelencias de su mercancía, los que llegan a lo sumo al *dolus bonus* y a producir acción de perjuicios...".

En los contratos por correspondencia este fenómeno jurídico del dolo puede tener aplicación en algunos casos puesto que la distancia o la ausencia del cocontratante, puede hacer factible para éste la inducción fácil por personas que pretendieran obtener provechos considerables y en detrimento de los intereses de aquel. En las transacciones comerciales se presenta, en sus medios, una gama considerable y así los agentes se pueden valer de maquinaciones, artificios o trampas para hacer incurrir en error, como el anuncio de que se va a suspender el ensamble de una determinada clase de vehículos, siendo falso o en oposición a la realidad objetiva, situación esta que da el móvil para que personas propietarias de esa clase de vehículos los enajenen, a bajos precios, en la seguridad de que la empresa deja de producir vehículos de una serie, como por ejemplo anunciar que el "Renault 12" se descontinúa, abriéndosele a la empresa la posibilidad de aumentar su mercado, al suministrarle un vehículo nuevo

al propietario engañado. Caso similar es el de ofrecimiento por medio de alguno de los sistemas comerciales, de objetos garantizados como nuevos y a la postre resulta que han sido reparados; cuando se ofrece la prestación de servicios profesionales, sin los conocimientos necesarios; cuando hay reticencia u ocultamiento de los vicios en los bienes o en los servicios, tal puede ocurrir en vehículos introducidos de contrabando; cuando se ofrecen servicios de profesionales y no se posee título; en fin, el empleo de términos o frases dudosas, de doble sentido pueden ser medios para engañar.

En los contratos por correspondencia, habrá conducta dolosa que viciaría el consentimiento cuando un sujeto "con la intención positiva de inferior daño", asuma una conducta suficiente para inducir a otra u otras personas a celebrar el contrato, o a aceptar ciertas condiciones de éste, haciendo uso de las ofertas, como antes ya se dijo de medios tortuosos o insidiosos, capaces de hacer caer en error a la víctima y tomando a estos como el motivo determinante para actuar.

Si no se cumplen los requisitos anotados, el contrato no quedará viciado de nulidad, sino que de acuerdo al Artículo 1515 del Código Civil, se puede pedir o la indemnización de perjuicios en su totalidad para quienes "fraguaron" el acto, o la restitución hasta la concurrencia de los beneficios para quienes los tuvieron. Si no se produjeron perjuicios, o ellos se debieran a la imprudencia o al descuido que se neutralizan con el dolo cometido, este será considerado como indiferente o

tolerado y cuya solución le corresponde decidir al juz
gador.

3. La Fuerza o Violencia.-

Una tercera situación capaz de viciar el consentimiento es la fuerza como así está previsto en el Artículo 1513 del Estatuto Civil que expresa: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave..."

La fuerza consiste en una presión física o moral ejercida sobre una persona para obtener su consentimiento en un acto jurídico. La fuerza y también la violencia en sí mismas consideradas no constituyen vicio en el consentimiento, sino que son los resultados, esto es, que el ejercicio de la fuerza o la violencia son los motivos determinantes para que uno de los agentes hubiese accedido a la realización de un acto, por razón del temor infundido o por la fuerza ejercitada físicamente. En el primer evento, por el temor infundido, hace referencia al constreñimiento ya sea por intimidación, por amenazas graves, como de muerte, destrucción o secuestro, entre otras. La segunda, o sea la violencia física propiamente dicha, se traduce o equivale a malos tratamientos corporales, como las torturas, mutil-

laciones, el mismo secuestro violento, la hipnosis, etc. persona de sano juicio", es decir, que se tiene en cuenta la intensidad y de conformidad con la doctrina, Al criterio del tratadista Valencia Zea, la violencia física conlleva la inexistencia del acto, porque según el decir de él: "la persona violentada físicamente puede afirmar que ella no consintió el acto, que no hubo declaración de voluntad." 48/ Planteamiento del cual disiente el profesor Ospina Fernández porque dice que esta fuerza conlleva la nulidad relativa, ya que el acto, en primer lugar, puede ser ratificado por la víctima y por la prescripción cuatrienal de la acción rescisoria, porque el acto aparentemente anormal se presume existente y válido hasta que no se demuestre judicialmente lo contrario. 49/

La doctrina de acuerdo con el precepto del Artículo 1513, distingue dos clases de fuerza: las que llevan la nulidad relativa por haber viciado el consentimiento del agente, y aquellas que no llegan a reunir las exigencias necesarias para invalidar el acto, de tal manera que sería la fuerza dirimente y la indiferente.

a. Fuerza Dirimente.

Para que la fuerza logre viciar el consentimiento

48/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 524.

49/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 221.

es necesario que ella "produzca una impresión fuerte en una persona de sano juicio", es decir, que se tiene en cuenta la intensidad y de conformidad con la doctrina, que ella sea injusta. De consiguiente, son requisitos de tipo cuantitativo y cualitativo. como el amigo íntimo, la novia, etc.

1. Elemento cuantitativo.-

2. Elemento cualitativo.-

Este ha sido previsto legalmente al analizar en cada caso en particular la intensidad de la violencia o fuerza ejercida contra la víctima, para así establecer si ella ha sido sustento de la alteración de la voluntad en el agente. El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, seguidoras de la tradición romana, tiene en cuenta el estado psicológico del violentado y del violentador, la edad, el sexo, la salud, la instrucción, la profesión, la práctica en negocios y la naturaleza de las amenazas o de la violencia ejercida.

En efecto, no es lo mismo ejercitar la violencia sobre un hombre o una mujer, sobre un menor o sobre un adulto, sobre un ignorante que sobre un culto, en un sano que en un enfermo. En igual forma, el Legislador dispone que el juez analice y valore si la fuerza fue suficiente para viciar el consentimiento, después de luego, que habla de ocasionar una "impresión fuerte" y están en distintos grados la amenaza de muerte y la amenaza de un escándalo público. También se ha previsto la posibilidad de que la fuerza se ejerza con amenazas no sobre la víctima directamente,

sino sobre un tercero, pero que se haya vinculado con aquella, como el consorte, descendientes, ascendientes y la doctrina, casi unificada, admite la posibilidad del ejercicio de la fuerza contra terceros ligados afectivamente, en este último caso, como el amigo íntimo, la novia, etc.

2. Elemento cualitativo.-

Este se refiere a la fuerza injusta, o sea, que la violencia que se ha ejercido sobre la víctima no se hubiese previsto legalmente para resolver los conflictos que se puedan presentar. En efecto, la violencia debe ser contraria a Derecho, ya que si ella se acomoda con la Ley, como el cobro judicial de una obligación de pagar sumas líquidas de dinero, o la simple insinuación de practicar el cobro por esta vía, no puede tomarse como violencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el abuso en las vías de Derecho puede constituir fuerza, como cuando en forma arbitraria se recurre a las vías legalmente consagradas para obtener provechos y perjuicios contra la víctima, v.gr. cuando se obtiene promesa de pago excesiva previa la amenaza de intentar una acción judicial, ya que al decir de Josserand -citado por Eudoro González Gómez, es una violencia injusta lo que se ejerce, el compromiso contraído así por la víctima está viciado...". 50/

/50 GONZÁLEZ Gómez, Eudoro. De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano. Op. Cit. Pág. 38.

Al igual que la violencia legal, el temor reverencial no conlleva fuerza y por lo mismo, no constituye vicio en el consentimiento, y así lo ha previsto el Estatuto Civil en el inciso segundo de la norma en comento, que expresa: "El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión o respeto, no basta para viciar el consentimiento". A este propósito nuestra Ley no dice a quienes se debe sumisión, comprendiéndose a quienes se hallen bajo subordinación o dependencia. La razón está en que si bien es cierto que la voluntad no se expresa libremente, no se emplean medios censurables y contrarios a las buenas costumbres, "sino de sentimientos naturales". *ancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado*.

Debemos tener en cuenta que el ordenamiento civil ha previsto que la fuerza cuando cumple los predicados anotados, bien puede ser producida por uno de los cocontratantes, o por terceros, a diferencia del dolo, que es requisito sine qua non, que sea obra de uno de ellos, y que, como ya se dijo, ha merecido reparos por la crítica doctrinaria. Además, si bien es cierto que las leyes de la naturaleza y los efectos o consecuencias que se desprenden de estas no pueden modificarse por el hombre, ni regularse por los mismos, suele acontecer que de ella se aprovechen personas para colocar a otras en situaciones graves, por cuya razón, la doctrina se halla acorde en que el consentimiento puede quedar viciado cuando se ha abusado de ellas. *de contratos a nupcias jurídica cuyo objeto material queda todo el caso*.

Finalmente, encontramos dentro de la fuerza dirimente, la violencia generalizada, que fue prevista en el ordenamiento jurídico, con ocasión de las graves situaciones de anarquía y desorden público, que cubrió la mayor

parte del territorio colombiano en la llamada "época de la violencia política", por el enfrentamiento de los partidos políticos. Bajo estas situaciones fue expedida la Ley 201 de 1959, aclaratoria del Artículo 1513 del Código Civil, que estableció un caso específico de violencia, generadora de un vicio en el consentimiento. Dice así: "En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables, que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado".

Según el espíritu de la citada Ley, no es requisito para demostrar la violencia como determinante de celebración del acto o contrato acreditar individualmente, en forma singular, sino que basta con acreditar o probar "las condiciones desfavorables" y el lugar donde se hubiere celebrado el contrato, porque la historia indica que las olas de violencia cubrieron determinados departamentos, y por eso mismo se habla de una geografía de la violencia, distinguiéndose por ejemplo la zona oriental, la nororiental, occidental y noroccidental, para referirse al Tolima, los Llanos, Boyacá, Cundinamarca, Antioquia, etc. El vicio en el consentimiento puede concurrir sobre toda clase de contratos o actos jurídicos cuyo objeto material recae sobre toda clase de bienes.

Actualmente en nuestra patria hay zonas en las cuales la violencia se generaliza, bastando indicar las regio-

b. nes del Putumayo y del Caquetá, por las incursiones de las guerrillas, el agotamiento de secuestros, situaciones que bien pueden dar origen a la celebración de contratos que estarían viciados en el consentimiento. Indi-

ferentes no son necesarios; de consiguiente, se establece. En los contratos por correspondencia, no se puede descartar la posibilidad de que algunos se celebren bajo presión mediante el ejercicio de la fuerza o violencia, y que con aplicación de la preceptiva legal general, cipe sean inválidos. En efecto, con ocasión de desastres naturales como inundaciones, riesgos de contaminación, infección y propagación de enfermedades en las plantas

c. EL OBJETO y en los animales; incursiones armadas por la violencia generalizada, etc., determinadas personas hacen ofertas utilizando los medios de comunicación y que pueden aceptarlas las víctimas de los desastres o de la vio parte a lencia política. En estos casos el vicio se da por temor carlos ya de la fuerza de la naturaleza o por las violencias hu manas, y que pueden aprovecharse por ciertas personas con el objeto para deducir ventajas o provechos. se desprende del tex-

to del Artículo 1517 que establece que "Toda declaración de voluntad. Los contratos por correspondencia también pueden estar viciados en el consentimiento como resultado de la fuerza o de la violencia, que en forma particular y con la intensidad debida se cargue contra la persona o contra sus familiares, lo cual se puede dar bajo amenazas de daños graves que se hacen llegar a través de comunicados. Se debe advertir que es inadmisibles que la violencia física sobre la persona del contratante sea eficaz para celebrar un contrato por correspondencia, salvo que el caso que se ejercite sobre un tercero como el con-
sorte, en las normas de los artículos 1519 y 1523 ibidem

b. Fuerza indiferente. - de allí se desprende que el objeto de los actos jurídicos recae sobre conductas y no sobre las cosas, y Mientras la fuerza dirimente requiere de dos elementos, la ilegalidad y la intensidad, en la fuerza indiferente no son necesarios; de consiguiente, se catalogan dentro de esta categoría todas aquellas amenazas que de acuerdo al agente, no sean susceptibles de realizarse como las proferidas por un menor contra un adulto, amenazándolo de golpes, o todas aquellas de tipo legal mientras sean justas. Si falta la cosa, el contrato es inexistente. Por eso el Artículo 1057 habla de la perfección del contrato sobre el acuerdo en la cosa y en el pre-

D. EL OBJETO.

En cuanto al objeto de los actos jurídicos, no hay criterio unificado a la luz de las disposiciones civiles, pues que por una parte allí se habla del objeto identificándolo con las cosas materiales o inmateriales que existen o se espera que lleguen a existir; por otra parte, el objeto de los actos se identifica con el objeto de las obligaciones, porque así se desprende del texto del Artículo 1517 que establece que "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer". Y en tercer lugar, identifica el objeto del acto con el acto mismo, cuando expresa que "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes". -Artículo 1523-.
El objeto según se deduce de la norma del párrafo tercero del Artículo 1518 del Ordenamiento Civil, recae sobre una conducta, porque habla de que "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física o moralmente posible...", concepto que se viene a complementar con las normas de los artículos 1519 y 1523 ibidem

que aluden al "objeto ilícito"; de allí se desprende que el objeto de los actos jurídicos recae sobre conductas y no sobre las cosas, y según el decir del profesor Valencia Zea, "de las cosas en sí no puede predicarse la licitud o ilicitud". 51/ Se debe observar que en determinados actos jurídicos, el objeto, como en el contrato de compraventa se identifica o se confunde con la cosa materia de la prestación, y así lo sostiene el profesor Bonivento Fernández al decir que "otro de los requisitos esenciales para la validez del contrato de compraventa, es el objeto, que recae o se confunde con la cosa vendida. Si falta la cosa, el contrato es inexistente. Por eso el Artículo 1857 habla de la perfección del contrato sobre el acuerdo en la cosa y en el precio...". 52/

REQUISITOS DEL OBJETO.

El objeto debe reunir tres requisitos, a saber: que sea posible; que sea determinado o determinable y que sea lícito.

1. Posibilidad.-

Este requisito se gobierna por el principio de que nadie está obligado a lo imposible. En el Parágrafo tercero del Artículo 1518 del Código Civil se establece que el objeto es físicamente imposible cuando es contrario a la naturaleza, y a contrario sensu, el acto será posible cuando se ajuste a las leyes de la

51/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 532.

52/ BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Op. Cit. Pág. 54.

naturaleza. Hay que reparar que de conformidad con la Ley no es necesario que el objeto exista actualmente, sino que también pueden celebrarse actos sobre objetos que se espera que existan, es decir supeditando a la existencia del objeto, sacando como consecuencia de ello, que si el objeto llega a existir, el acto así celebrado también existirá revistiéndose de las consecuencias jurídicas. Conviene advertir que no toda imposibilidad comporta inexistencia del acto, para ello debería ser absoluta y permanente, o sea, que ella no pueda ser superable por la generalidad y que no sea susceptible de sanearse por el curso del tiempo; una imposibilidad de tipo relativo, como cuando una persona se compromete a elaborar una obra, sin contar para ello con la suficiente capacitación, el acto subsiste y su consecuencia directa, la posibilidad del acreedor de accionar el cobro de los perjuicios que se ocasionen.

Corolario de lo anterior es que habrá imposibilidad absoluta cuando el objeto choca contra las leyes de la naturaleza, como cuando se prometería revivir un fósil.

Si hablamos de los contratos por correspondencia, consideramos que se puede presentar la imposibilidad en el objeto, cuando se ofertan bienes producidos en baja escala y que tuvieron gran demanda. En este ejemplo la imposibilidad en el objeto se dará cuando el oferente no pueda satisfacer el mercado, como así se desprende del contenido del Artículo 849 del Código de Comercio que reza: "Cuando en el momento de la aceptación se hayan agotado las mercaderías públicamente ofrecidas, se tendrá por terminada la oferta por justa causa". Para nuestro caso, la "justa causa" está constituida por la imposibilidad en el objeto demandado. Caso análogo es el de la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, cuando quiera que el ofe-

rente hubiera fallecido.

Con respecto a los objetos que en la actualidad no existen, pero que se espera que lleguen a existir, se tiene en cuenta que doctrinariamente se diferencian de los negocios que se celebran con base en la esperanza. En el primer caso, para la eficacia en el acto hay que tener presente una condición porque las partes hacen pender la eficacia del acto a la existencia real del objeto; en tanto que en el segundo recae sobre una expectativa que bien puede o no darse; por tanto, el objeto no existe actualmente, este se supedita al aleas o azar, como cuando se ofrece en venta el producto de la pesca de un determinado día.

Si consideramos los contratos por correspondencia se advierte que se pueden celebrar actos que recaen sobre un objeto que se espera que exista y también sobre el aleas, tal puede ocurrir cuando se suscribe un contrato con una empresa editora que se compromete a enviar publicaciones periódicas sobre materias determinadas, caso en el cual se entiende la existencia futura del objeto, porque constantemente se pueden publicar y se publican temas distintos de la materia. De la propia manera, pueden presentarse casos con el aleas, como por ejemplo cuando se hace recaer sobre una publicación periódica de los decretos que expida el Gobierno; en esta situación, bien se puede o no cumplir el objeto, porque el Gobierno no expide decretos en forma continuada, sino que eso depende de las necesidades de la administración en general.

2' Determinación.-

La determinación en el objeto de los actos jurídicos nos indica con certidumbre, cuál es la relación obligacional o jurídica que

recíprocamente han contraído los agentes, siendo consecuencia de esto, que ellos saben qué prestación o situación jurídica concreta le cabe a cada uno de ellos.

Las prestaciones de hacer y de no hacer, no ofrecen mayores dificultades en cuanto a su determinación, pues para ello es necesario que la prestación se encuentre expresa y claramente manifiesta, tratando en lo posible de precisar en la mejor forma el hecho positivo o negativo y la extensión de los mismos; así, si una determinada persona se compromete a realizar vigilancia en un establecimiento por el término de seis horas diarias, la extensión de la prestación será por ese lapso de tiempo, con lo cual se establece la clase de prestación y la extensión de la misma, consecuencia: el objeto se encuentra determinado. Lo anterior no quiere decir que si no se señala un horario, no se encuentra determinado el objeto, porque si se compromete a la vigilancia sin estipular el término de la prestación, se entiende que ese servicio debe prestarse en la extensión necesaria para cumplir a cabalidad lo legalmente pactado.

Si nos referimos a los contratos por correspondencia, la determinación del objeto en las prestaciones de hacer o no hacer tiene importancia, porque quien formula una oferta, debe hacerla con indicación precisa y suficiente del objeto de sus servicios, y así, si una empresa ofrece los servicios de vigilancia, se entiende que esos servicios deben tener la extensión necesaria para su fin, quedándoles la facultad de exigir de los beneficiarios de ella, el cumplimiento cabal de la misma; pero si la prestación se ha limitado en su extensión, la compañía realizará la prestación por ese término y al beneficiario le corresponde exigir el cumplimiento de ese servicio, en ese tiempo determinado, v.gr. en las horas de la noche.

La determinación del objeto en las prestaciones de dar o entregar reviste una mayor dificultad, porque no únicamente se debe determinar la naturaleza de la prestación como dar o entregar, sino que también se debe determinar la cosa materia de la prestación, relacionándola con la naturaleza y la cantidad.

La determinación del objeto referido a su naturaleza se puede dar sobre cosas de género o también de cuerpo cierto. Las primeras se refieren a la determinación del género correspondiente, como cuando se expresa cinco cuadernos, dos camas, etc.; las segundas se determinan por su individualización que no debe dar lugar a confundirlas con otras del mismo género, como cuando se promete entregar un lote de terreno alinderado. Nuestro Código Civil no prevé la necesidad de determinar el objeto como cuerpo cierto, pero para mayor seguridad en los actos de comercio jurídico, es necesario determinarlos por sus características especiales. El Artículo 1518 del Código Civil dispone que las cosas se determinan por su género, pero ello no quiere decir que basta con expresar cualquier género, un mamífero, por ejemplo, sino el género más próximo, si así se actuara, el objeto sería in determinado.

3. Hablando de los contratos por correspondencia, consideramos la conveniencia de determinar claramente las cosas objeto de la prestación de dar o entregar, ya sea por su género o por su especie, o como cuerpo cierto. De esta manera, el oferente se obliga a dar o entregar la cosa ofrecida ya como género, como por ejemplo cuando se ofrecen drogas analgésicas, determinando el objeto del acto, pero existirá una mayor efectividad en la oferta cuando esta se formula indicando un cuerpo cierto, tal acontece como cuando en subasta pública se ofrece un cuadro de un pintor famoso como "La Cena" de Leonardo; allí el oferente queda

obligado a dar ese cuadro al mejor postor, y éste sabe a ciencia cierta, qué es lo que debe exigir.

La determinación del objeto en la cantidad tiene importancia en los actos jurídicos que versen sobre géneros, porque si se trata de cuerpos ciertos, se entiende que ellos se determinan con la unidad, porque en el caso propuesto, sólo existe un lote de terreno con sus linderos y especificaciones. Al contrario, cuando el acto se refiere a varios, como camas o cuadernos, debe determinárselos por su cantidad, se determina utilizando guarismos. En nuestro Código Civil, en la norma citada no se exige una cantidad cierta, "con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla".

En los contratos por correspondencia, cuando se individualiza una cosa, la relación obligacional recae sobre ella; en cambio, si se ofrecen géneros, la cantidad debe constar, como cuando se dice que se vende una hectárea de caña de azúcar, aquí la cantidad es incierta, pero mediante una operación aritmética, se la puede determinar. Se acude, en estos casos, a las reglas o datos para la determinación.

3. Licitud.-

La licitud o ilicitud no se predica en relación con las cosas, puesto que según el profesor Valencia Zea, las cosas en sí no pueden ser lícitas o ilícitas, y así lo expresa: "en efecto, las cosas en sí mismas, escapan de toda calificación jurídica o moral; es el destino que los hombres les dan y los actos que sobre ellos realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos". 53/

54/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 253.

La licitud o ilicitud, pues se relaciona con el acto humano y no con las cosas.

Por licitud en el objeto se entiende que este se encuentra conforme con el orden público y las buenas costumbres, y la misma Ley, como emerge de la norma de los Artículos 16 y 1518 del Código Civil y 104 del Estatuto Mercantil, éste último en su inciso tercero, expresa: "habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la Ley o al orden público". A contrario sensu, hay ilicitud en el objeto cuando él está en pugna con la Ley, con el orden público y con las buenas costumbres; por tanto, puede existir objeto ilícito en los actos jurídicos referentes al orden legal, al orden público y a las buenas costumbres, o sea inmorales. Autores como Ospina Fernández consideran que es necesario incluir el objeto ilícito que se deriva de las buenas costumbres en el orden público, ya que "la moralidad es esencial para la conservación y desarrollo de la vida social".

54/ Sin embargo, la doctrina elabora una clasificación del objeto ilícito, según que se derive sobre la Ley, el orden público y las buenas costumbres.

a. La ilicitud por prohibición de la Ley.-

La norma del Artículo 16 del Código Civil prescribe:

"No podrán derogarse por convenios particulares las le-

54/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 255.

yes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres...", significando que no es necesario que la Ley en forma expresa y para cada contrato, convención o actos unipersonales esté exigiendo que se cumpla con los requisitos de legalidad, porque ellos deben ceñirse a la Ley, porque los particulares no pueden desconocerla ni violarla en ninguna situación.

Dentro de los negocios o actos que se prohíben por la Ley por contener objeto ilícito, se hallan los siguientes:

1. Absolutamente prohibidos por la Ley.

Son los actos o negocios que la Ley los prohíbe en forma expresa y cuya celebración conduce a la nulidad absoluta, como son:

1. La enajenación de las cosas que están fuera del comercio.

La prohibición se desprende del Artículo 1521 del Código Civil al expresar que constituye ilicitud en el objeto cuando se enajenan "cosas que no están en el comercio...". Los bienes que están fuera del comercio son aquellos que por su naturaleza o disposición de la Ley, no son susceptibles de propiedad privada, ni objeto de actos jurídicos, como el aire, la alta mar, que por su utilidad los aprovechan todo ser vivo y que por lo mismo no es posible su apropiación particular; Igual acontece con los bienes de uso público que le pertenecen a la nación, como los

parques, calles, puentes, etc., que están fuera del comercio, porque así lo dispone la Ley.

La prohibición de celebrar contrato de compraventa entre cónyuges, ex divorciados y entre padre e hijo

II. La enajenación de derechos personalísimos.-

En primer lugar para evitar los vicios de uno go- El Artículo 1521 ya citado, refiriéndose a los derechos personalísimos, en su ordinal segundo literalmente se lee: "los Derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona...". Se trata de facultades que se relacionan exclusivamente con sus titulares y en relación con "situación especial que ocupan". Caben como derechos personalísimos aquellos que se derivan del estado civil y de la organización familiar, como los alimentos y la patria potestad, y en los reales, los de uso y habitación. Su enajenación reviste ilicitud del objeto.

III. Los pactos sobre sucesión futura.-

El Artículo 1520 del estatuto civil ha dispuesto que: "El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona". Esta prohibición se refiere a que no se pueden realizar actos en los cuales se comprometan los bienes de propiedad de una persona que vive y de quien se espera heredar.

55/ DONIVENTO Fernández, José Alejandro, Los principales Contratos Civiles y su aplicación a los contratos de compra y venta. 21. Esta sanción se ha venido dando desde el antiguo Derecho Romano que las consideraba peligrosas e inmorales.

2. IV. La compraventa entre cónyuges e hijos de familia.

La prohibición de celebrar contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados y entre padre e hijo de familia se ha previsto por razones de equidad, en primer lugar para evitar las ventajas de uno sobre el otro de los cónyuges, y en segundo lugar, para proteger los intereses de terceros por cuanto es fácil que entre cónyuges se acuerde defraudar a personas extrañas. En cuanto a los contratos de compraventa pactados entre padres e hijos de familia -hijos no emancipados-, la prohibición se fundamenta en que el padre de familia puede utilizar esos medios en perjuicio de terceros, enajenando por ejemplo, bienes al menor, para que esos bienes no sean perseguidos o sirviéndose de los bienes del menor para cubrir sus propias obligaciones. El profesor Bonivento Fernández, da una razón de mayor importancia que se traduce en la identidad en el acto de la manifestación de la voluntad de una persona: el padre. Dice así: "Evitar que una sola persona emita su voluntad plena para comprar y vender; esto realmente, acaecería si el padre pretende celebrar un contrato de compraventa, ya que tendría que figurar como comprador y como vendedor, simultáneamente, por no poder expresar su voluntad el menor no emancipado".

55/

55/ BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Op. Cit. Pág. 21.

2. Relativamente prohibidos por la Ley.-

Entre estos objetos ilícitos prohibidos por la Ley, se hallan los siguientes:

1. Enajenación de cosas embargadas por Decreto Judicial.-

Esta eventualidad se presenta con frecuencia cuando se han decretado y practicado medidas cautelares tendientes a garantizar los resultados favorables del acreedor, cuando quiera que su deudor no ha satisfecho las obligaciones contraídas. La Ley protege al acreedor suministrándole herramientas encaminadas a asegurar el patrimonio de su deudor decretando en el proceso de aprehensión el embargo, que siendo de muebles es insuficiente, de allí la necesidad de practicar el secuestro y depósito en manos de un tercero, denominado secuestre. Cuando quiera que un bien legalmente embargado se enajenara por el deudor, configurará objeto ilícito; sin embargo, la Ley no deja en desamparo a terceros de buena fe que contrataran con el deudor. La prohibición está dada por el Artículo 1521 del Código Civil que en su ordinal tercero expresa literalmente: "De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; ..." precepto que se complementa con el Artículo 1866 ibidem, cuyo texto, en lo pertinente dice: "Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporeales, cuya enajenación

no esté prohibida por la Ley".

Podemos extraer el alcance de la norma que consagra un objeto ilícito de tipo relativo, pues ha consagrado la posibilidad de que el objeto se sane previo el consentimiento del acreedor o la autorización judicial. Es entendible que en alguna manera se puedan salvaguardar intereses de los terceros que hubieran contratado con el deudor.

b. Ilícito en el objeto por lesionar el orden público.-

II. Enajenación de cosas litigiosas.-

Las cosas litigiosas son aquellas que se encuentran trabadas en procesos y sobre los cuales las partes discuten su propiedad; sin embargo, de conformidad con el texto del Artículo 690 del Código de Procedimiento Civil derogatorio del numeral cuarto del Artículo 1521 del Código Civil, esa prohibición no se da ya para los bienes inmuebles, pues "...

El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiere con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el Artículo 332". Para los bienes muebles se sigue conservando la ilicitud mientras se hallen embargados y secuestrados, pues en materia de inmuebles, es el registro de la demanda que da la publicidad de la situación jurídica de los bienes litigiosos.

La Ley le reconoce a quien pretende demandar la reivindicación de una cosa inmueble que teme que

sea deteriorada o que se pierda en manos del demandado, las medidas cautelares de embargo y secuestro preventivos de aquellos, pero si no acude a ellas, el demandado queda en libertad de realizar actos de disposición, sin que se pueda hablar de ilicitud en el objeto, con lo cual se protegen los intereses de los terceros.

b. **Ilicitud en el objeto por lesionar el orden público.-**

Ha sostenido la doctrina que el objeto ilícito que lesiona al orden público se diferencia al prohibido por la Ley, en que el primero tiene un campo de acción más amplio que el segundo, pues este es de tipo más restringido. Dentro de los actos que versen sobre un objeto ilícito por ser contrario al orden público, están los negocios que lesionan la organización estatal, como aquellos pactados sobre Derechos Políticos; los negocios que modifiquen los del régimen contractual laboral, como la renuncia a la sindicalización; todos aquellos actos que recaigan sobre un objeto protegido por el orden público, como los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos, el estatuto del consumidor, etc.

c. **Objeto ilícito inmoral.-** O contra las buenas costumbres.

Estos se califican como contrarios a la ética en general. Las buenas costumbres hacen relación a "los principios morales practicados por los ciudadanos que obran

E. LA CAUSA. con lealtad y honradez". 56/ Esos principios morales se determinan por "el modo de pensar en toda la nación"; los hechos de opinión común y la corriente general de vil, se ideas que regula el nivel moral de un pueblo.

Dentro de los actos que contienen objeto ilícito por atentar contra las buenas costumbres se pueden indicar entre otros: los que limitan el ejercicio de ciertos derechos que por su naturaleza son libres -contraer matrimonio-; aquellos celebrados para conseguir ventaja en el patrimonio a cambio de realizar cierta conducta que se exige por las buenas costumbres, como denunciar delitos y reconocer a hijos extramatrimoniales, etc.

Los contratos por correspondencia que se celebran con base en objeto ilícito, sea que lo considere así la Ley, sea que vaya contra las buenas costumbres o la moralidad, o que vayan contra el orden público, se revestirán de los efectos establecidos por la Ley para esos casos, y así, si se enajenó un bien que se encontraba embargado sin la autorización judicial, ese acto está afectado de nulidad absoluta, porque existe ilicitud en el objeto, igual ocurre al enajenar bienes que están embargados y secuestrados, o cuando los administradores de establecimientos públicos enajenen los bienes que administran sin estar facultados para ello, sin la autorización de la autoridad competente, como así lo indica el Artículo 1853 del Código Civil.

56/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 541.

E. LA CAUSA. Las causas reales, la causa consensuada o bien la entrega o la tradición que les sirve para perfeccionarlos a través de la obligación de conformidad con la norma del Artículo 1502 del Estatuto Civil, se tiene como requisito de los actos jurídicos la causa ilícita, y el Artículo 1524 *ibidem* expresa: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla...". La misma norma en el inciso tercero la define como: "el motivo que induce al acto o contrato..." y la causa ilícita como la prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres y al orden público.

Debemos estudiar en este apartado, en forma breve, el concepto de la causa y su importancia en la formación de los actos jurídicos y de manera particular en los contratos por correspondencia.

En nuestro Código Civil la causa lícita no solamente debe integrar los contratos, sino que ella se extiende a toda clase de actos o declaraciones de voluntad, como así se deduce del análisis de las normas precitadas. Este criterio obedece a que nuestra Legislación participa de la corriente filosófico-jurídica de la causa impulsiva y determinante, que tiene fundamento en los llamados móviles determinantes de los actos jurídicos, que deben ser comunes o conocidos por ambas partes, por tanto, no son ya de tipo subjetivo, sino que van a denotar el fin del acto jurídico. Esta corriente surge como reacción de la teoría de Domat, conocida como "Clásica" y que considera a la causa como "el fin directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse, fin que es inherente al contrato y que está impuesto por su propia naturaleza". 57/ Por tanto, en los

57/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 274.

contratos reales, la causa será o bien la entrega o la tradición que les sirve para perfeccionarlos a través de la obligación contraída por el deudor. un objeto o causa ilícita..., son nulidades absolutas...", con la circunstancia especial que la nulidad así declarada produce efectos retroactivos y no

1. La Causa Ilícita. - pues en los demás casos de nulidad del acto se puede repetir lo que se hubiese pagado como

Está establecido en nuestro ordenamiento jurídico que la causa es el "motivo que induce al acto o contrato.." y que la causa ilícita es aquella que está prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres y al orden público, la causa ilícita en Colombia se determina por los móviles "antisociales o inmorales", siempre que hubiesen sido el factor determinante para la celebración del acto jurídico, de las convenciones, de los actos unipersonales y de los contratos. Por tanto, habrá causa ilícita en los actos jurídicos para cuya existencia se contó con esa clase de móviles, como el arrendamiento de un local comercial para instalar y poner en funcionamiento un garito o una casa de lenocinio, la donación para fomentar la corrupción del donatario o la promesa de cancelar una suma determinada de dinero para la comisión de un delito o de un hecho notoriamente in-moral.

2. En relación de los contratos por correspondencia hay la posibilidad de celebrar contratos sobre móviles determinantes que atentan contra el orden público y las buenas costumbres, como puede ser la trata de blancas, figura delictiva tipificada en el Artículo 311 del Código Penal vigente. La sanción que nuestro régimen legal adscribe a los actos "

que se celebren por móviles ilícitos, es la nulidad del acto, como surge de la norma contenida en el Artículo 1741:

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita..., son nulidades absolutas...", con la circunstancia especial que la nulidad así declarada produce efectos retroactivos y no solo hacia el futuro, pues en los demás casos de nulidad del acto se puede repetir lo que se hubiese pagado como contraprestación para efectos del cumplimiento de la obligación contraída. En estos la nulidad destruye los efectos que se hubiesen podido producir y además, no se puede repetir lo pagado alegando que hubo ilicitud en la causa, como se deduce de la norma del Artículo 1525 del Código Civil y que se aplica también a los actos en los cuales hay ilicitud en el objeto: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

El tratamiento que nuestro Código le da a la causa ilícita al sancionarla con la nulidad absoluta, se ajusta a las más exigentes normas de la equidad, pues que así se preserva el orden público, la moral y se le da eficacia a la autonomía de la voluntad de los particulares en los actos, siempre que se sometan al encuadramiento jurídico normal.

2. La falsa causa y el error.-

Este evento se presenta cuando se comete un error con asidero en los móviles o motivos determinantes considerados por los agentes al celebrar el acto o contrato, que de haberlo conocido, no lo hubieran celebrado. Este supuesto se desprende del contenido del Artículo 1524 que expresa que: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita;...",

situación ratificada con el inciso segundo del Artículo 1511 que expresa: "El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte".

La falsa causa se presenta cuando se comete un error sobre la calidad accidental de la cosa, siendo este el motivo determinante en uno de los agentes y siempre que ese móvil lo hubiera conocido la contraparte. Así mismo, puede presentarse el error acerca de la persona y que constituye falsa causa cuando quiera que el error recae sobre la identidad o las calidades de la persona con quien se contrata, y que ese sea el móvil determinante para actuar, como cuando se contrata con Pedro, confundiéndolo con Miguel que es un pintor famoso.

Según el texto del Artículo 1741 del Código Civil hay enumeración taxativa de los casos de nulidad absoluta del acto o contrato, pero allí no está el error o la falsa causa que se sanciona con nulidad relativa y que da derecho a la rescisión del respectivo acto o contrato. En efecto, esta norma establece que son causales de nulidad absoluta: el objeto y la causa ilícitos, la omisión de cualquiera de los requisitos que la Ley exige para darles valor a determinados actos o contratos, atendiendo su naturaleza y no la calidad o el estado de las personas que los acuerdan o ejecutan, y, además, la incapacidad absoluta. La falsa causa se exceptúa porque "cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da lugar a la rescisión del acto o contrato".

3. La falsa causa puede operar en los contratos por correspondencia, como cuando se publica en un diario la obligación de los miembros de una sociedad de aportar con capital para su funcionamiento y con esa finalidad uno de los antiguos integrantes cumple la exigencia, pero cuando este socio ya estaba expulsado. En el anterior ejemplo la prestación carecía de causa.
4. Referencial a la sanción de la falsa causa el problema había suscitado controversias, pues unos sostenían que procedía la nulidad absoluta, al paso que otros eran partidarios de la nulidad relativa. La situación se aclaró con la norma del Artículo 104 del Estatuto Mercantil que está concebido en estos términos: "La incapacidad relativa y los vicios del consentimiento sólo producirán nulidad relativa del contrato; la incapacidad absoluta y la ilicitud del objeto o de la causa producirán nulidad absoluta", situación que armoniza con el Artículo 101 ibidem que al tratar de la validez de la sociedad exige de los asociados la expresión del consentimiento que se halle exento de error esencial, definido como "el que versa sobre los móviles determinantes del acto o contrato, comunes o conocidos por las partes".

Para que la falsa causa opera como causal de nulidad relativa es necesario que el móvil determinante de uno de los agentes para celebrar el acto o contrato, sea conocido por el otro, pues si este los desconoce, estaría obrando de buena fe, según el Artículo 1511 del Código Civil.

3. La Falta de Causa.-

Tratadistas como Cardoso Isaza consideran que hay ausencia de causa en los casos en que una persona se asegure de riesgos inexistentes. 58/ Ospina Fernández sostiene que no se pueden concebir actos que carezcan de causa, considerada como los motivos determinantes para obrar. "En efecto, todo acto humano necesariamente obedece a ciertos móviles verdaderos o falsos que determinan la voluntad". Para afianzar su posición considera que aún los actos de los dementes que siendo absurdos o erróneos se revisten de los motivos que lo determinan a actuar. Solamente se puede considerar una posibilidad, la de que todos los actos que realicen las personas en estados críticos de afecciones mentales graves, que los hace actuar como autómatas; sin embargo, la sanción que les da la Ley, es de nulidad absoluta por provenir de una incapacidad que es también absoluta. Nos adherimos al pensamiento del profesor Ospina, toda vez que en el ejemplo del Doctor Cardoso Isaza se tiene en cuenta la falsa causa por el error y no una falta de ella.

4. La Prueba de la Causa.-

De conformidad con la norma del Artículo 1524, no es necesario expresar la causa en el acto o contrato, porque esta se presume y por lo mismo, ella se puede demostrar utilizando todos los medios probatorios previstos por la Ley procedimental.

58/ CARDOSO Isaza, Jorge. Obligaciones. Sus fuentes y su clasificación. Op. Cit. Pág. 52.

Al referirnos a los contratos por correspondencia, reafirmamos que a través de este mecanismo existe un sinnúmero de actos jurídicos que los particulares pueden concretar para atender a sus necesidades y algunos de ellos pueden referirse a contratos de suministro, de arrendamientos, de compraventas, de mutuo, etc., que se amparan siempre en una causa, entendiéndola, como así lo entiende el Legislador y la Jurisprudencia, de ser los motivos determinantes que las partes han tenido en cuenta para celebrar el acto; entonces, la causa puede recaer hasta sobre los mismos afectos, como por ejemplo en los casos de donación, para aumentar el patrimonio, o cuando se ofrecen servicios profesionales, objetos en venta, etc. En estos mismos actos, en algunos de ellos se puede dar una falsa causa, entendiéndola como el error que los contratantes han padecido en cuanto a la causa que los determina para celebrar el contrato, incurriéndose en una nulidad relativa, siempre y cuando los motivos hubieran sido conocidos por la otra parte; igualmente, pueden celebrarse actos que rifien abiertamente con el ordenamiento legal y que producirán nulidad absoluta, con las consecuencias que acarrea el acto, o en fin, actos que pueden contrariar o atacar el orden público y las buenas costumbres.

Las situaciones jurídicas se forman por la unificación de varios hechos o actos, o por la combinación de unos con otros, dentro de las cuales se encuentran los contratos. Los contratos son situaciones jurídicas complejas, por cuanto ellos se forman por la inter-relación de los actos de las personas que los celebran.

Los contratos son, pues, el resultado de varios actos jurídicos, que siendo independientes entre sí, van a determinar un acto jurídico complejo y así hay que partir de la existencia de dos personas que por un acuerdo de sus voluntades se comprometen a realizar o cumplir

con una prestación. Los contratos se pueden formar por un simple acto, como cuando entre presentes se adquieren bienes y en los cuales la entrega material del objeto y del dinero determinan su formación; existen otros que necesitan ciertos requisitos especiales, sin los cuales no tendrán eficacia jurídica, como cuando se exige escritura pública u otra cualquiera formalidad. De igual manera hay contratos en que para su formaciónCAPITULO V el cumplimiento de actos que siendo independientes entre sí, en conjunto determinan la existencia del mismo, esto es que requieren un proceso de formación.

LA FORMACION DE LOS CONTRATOS POR CORRESPONDENCIA

Nos corresponde ahora estudiar el proceso de formación de los contratos por correspondencia considerando sus etapas o fases para destacar: El comercio jurídico opera gracias a las situaciones jurídicas, esto es, situaciones de hecho que tienen capacidad de poner en movimiento al ordenamiento jurídico. Dentro de estas situaciones se hallan aquellas que provienen de simples hechos físicos o naturales, o aquellos que emanan de la manifestación de la voluntad de las personas, o también de aquellos que sin provenir de la voluntad, son actos humanos. lenguaje breve, muchas veces simbólico, con caracteres técnicos, ya por cartas, circulares, telegramas u otros escritos, mediante las situaciones jurídicas pueden ser de dos clases: simples y complejas. Las primeras se forman con un solo hecho o acto jurídico; las segundas, se forman por la unificación de varios hechos o actos, o por la combinación de unos con otros, dentro de los cuales se encuentran los contratos. Los contratos son situaciones jurídicas complejas, por cuanto ellos se forman por la inter-relación de los actos de las personas que los celebran, se encuentran en poder de terceros. Estos contratos que se concluyen bajo las exigencias legales y accionales son, pues, el resultado de varios actos jurídicos, que siendo independientes entre sí, van a determinar un acto jurídico complejo y así hay que partir de la existencia de dos personas que por un acuerdo de sus voluntades se comprometen a realizar o cumplir

con una prestación. Los contratos se pueden formar por un simple acto, como cuando entre presentes se adquieren bienes y en los cuales la entrega material del objeto y del dinero determinan su formación; existen otros que necesitan ciertos requisitos especiales, sin los cuales no tendrán eficacia jurídica, como cuando se exige escritura pública u otra cualquiera formalidad. De igual manera hay contratos en que para su formación se exige el cumplimiento de actos que siendo independientes entre sí, en conjunto determinan la existencia del mismo, esto es que requieren un proceso de formación.

1. La Propuesta.

Nos corresponde ahora estudiar el proceso de formación de los contratos por correspondencia considerando sus etapas o fases para destacar el respectivo valor jurídico. *esación de la voluntad de la parte que invita a celebrar el acto o el contrato.*

Considerando, como ya lo hemos hecho, que los contratos son los medios más eficaces de que se sirven los particulares para satisfacer necesidades de todo orden y entre ellos los que se celebran por correspondencia, sirviéndose de ofertas públicas o privadas, a través de un lenguaje breve, muchas veces simbólico, con caracteres técnicos, ya por cartas, circulares, telegramas u otros escritos, mediante el empleo del teléfono y otros medios de comunicación debido a la ausencia de los agentes. Admitiendo así mismo que a través de estos mecanismos modernos para contratar se da la posibilidad de que se perfeccionen los contratos entre personas ausentes, aún desconocidas, que pueden versar sobre bienes que existen o que se espera que existan; sobre bienes que no se conocen por no tenerlos a la vista, o que se están transformando o que se encuentran en poder de terceros. Estos contratos que se conciertan bajo las exigencias legales y acatamiento a las normas de orden público y de buenas costumbres, son elementos de protección de los agentes y de los terceros cuando resulten afectados con las transacciones por haberlos vinculado de alguna manera en el negocio jurídico. *hecho como el destinatario.*

A. LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO.

Es presupuesto indispensable que en todo acto o declaración de voluntad exista el consentimiento, de conformidad con el Artículo 1502 del Código Civil. El consentimiento, como ya se ha expresado, "es el concurso real de las voluntades de dos o más personas", exigiendo para su formación o integración dos etapas jurídicas: La propuesta y la aceptación.

1. La Propuesta.

Es la primera fase en la formación del consentimiento, caracterizada por la manifestación de la voluntad de la parte que invita a celebrar el acto o el contrato.

La propuesta ha sido definida como la invitación que una o más personas formulan a otra u otras personas para celebrar un acto jurídico, que puede ser convención o contrato.

La moderna doctrina distingue dos clases de propuestas según que ellas se dirijan al público en general o a un destinatario en particular. La primera se conoce como policitación y la segunda como oferta, distinción que se hace necesaria para darles un tratamiento jurídico distinto.

a. La Oferta.

La oferta es la invitación que una o varias personas les hacen a otra u otras personas para celebrar un contrato. En otros términos, la oferta es el proyecto de un acto jurídico que una persona conocida como el oferente le pone en consideración a otra conocida como el destinatario.

- 173 -

La oferta está prevista en nuestro Código de Comercio y se regula a partir de la norma del Artículo 845 y que no se consideró en el Código Civil, pero que por analogía se aplican de acuerdo al texto de la Ley 153 de 1887, Artículo 8. El Código de Comercio en el Artículo aludido expresa: "La oferta o propuesta, esto, es el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario".

1. Contenido de la Oferta. - De conformidad a la norma ya citada, la oferta debe contener "los elementos esenciales del negocio", esto es, "aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente". Artículo 1501 del Código Civil. Hay que advertir que esta exigencia se la tiene en cuenta tratándose de contratos que se forman por la aceptación pura y simple de la oferta, ya que si el destinatario la modifica o adiciona o condiciona, de conformidad con el Artículo 855 ibidem, esa aceptación constituye nueva oferta. Lo anterior significa que si en la respectiva oferta no se han concretado los elementos que pertenecen al contrato y sin necesidad de acudir a cláusulas especiales -de la naturaleza- o de aquellos que se le agregan al contrato que por no ser de la naturaleza ni especiales -accidentales-, la oferta no produce efectos

jurídicos, o esté mal hecha, puesto que ellos se pueden establecer o determinar posteriormente.

Centro "Coltejer", puesto que contiene relación por-
Así lo dice nuestra Suprema Corte en Sentencia de Casa-
ción de 16 de octubre de 1980, cuando analiza la oferta
que hace la firma "Otis Elevator Company" a "Coltejer
de Colombia". En tal oportunidad la Corte se expresó
así: "Lo que forma el contrato son sus elementos esen-
ciales: Porque el contrato existe sin los accidentales,
que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y porque
los naturales se entienden pertenecerle aunque no se
expresen". El asunto objeto del Recurso de Casación la
Corte lo considera como contrato de compraventa, que
aún cuando no lo expresa la Corte, se operó por corres-
pondencia. En efecto, la sentencia continúa: "En el ca-
so de este proceso, el contrato ofrecido por "Otis" a
centro "Coltejer" era de compraventa, dada la disposi-
ción del inciso cuarto del artículo 2053 del Código Ci-
vil; "si la materia principal es suministrada por el
que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás,
el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario,
de venta". -Se subraya-. Otis, es decir, el artífice o-
freció suministrar la materia principal para la ejecu-
ción de la obra propuesta (los ascensores y escaleras
mecánicas, así como gran parte de los materiales nece-
sarios para la instalación). Por lo tanto con arreglo
a la disposición transcrita, el contrato ofrecido fue
de venta".

"La venta se reputa perfecta desde que las partes han
convenido en la cosa y en el precio, salvo la de bie-
nes raíces, servidumbres o sucesión hereditaria, reza

el Artículo 1857 del Código Civil. Por lo tanto, es jurídicamente eficaz la oferta que Otis dirigió al Centro "Coltejer", puesto que contiene relación por menorizada de los equipos que se proponía suministrar e instalar el oferente y determinación del precio de tales equipos, los materiales de construcción de la obra y su montaje".

"Los renglones en blanco que en el documento de oferta se advierten, relativos a plazos de entrega, son cosas accidentales cuya ausencia no afecta la validez y eficacia de la propuesta". 59/

De lo anterior surge un interrogante para saber si cualquier otra propuesta de negocio que no contenga sino los elementos de la naturaleza del negocio, tendrá o no eficacia. A este propósito y acudiendo a la norma del Artículo 1603 del Código Civil que prevee que "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 la Ley pertenecen a ella", tenemos que legalmente se ha previsto el principio de la buena fe por parte de los contratantes, o sea, tanto en el oferente como en el aceptante o destinatario, buena fe que se traduce en una conducta especial del uno para cumplir con la prestación que ofrece y del otro para cumplir con su contraprestación, conducta que se hace extensiva de

60/ VALENA Zoa, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Op.

59/ LOPEZ Morales, Jairo. Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema. Op. Cit. Pág. 288.

conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, a la misma etapa de formación del contrato. La buena fe implica una conducta leal, que según Valencia Zea, se ajusta a "las exigencias del decoro social y de la honradez jurídica".

La buena fe, según Karl Larenz citado por Valencia Zea, significa "que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes". 60/

Consideramos que si todos los actos se rigen por el principio de la buena fe en los agentes, es necesario que cualquier oferta que se haga implique una responsabilidad frente a quienes se dirige y al orden público en general. Así se evitaría que los actos que muchos comerciantes realizan atenten contra los colegas, se evitaría que se presenten actos de competencia desleal, ora haciendo ofertas que distraen la atención de los consumidores, ora arrebatando la clientela establecida, lo que es más grave, jugando con los intereses de la colectividad en general. Si bien es cierto que en el mundo publicitario existen sistemas de divulgación que no constituyen oferta, sino propaganda, otras personas acuden a sistemas que constituyen verdaderas ofertas, ya simuladas, ya con reservas mentales o con

60/ VALENA Zea, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Op. cit. Pág. 177.

cualquier otro vicio que afecte la voluntad real del agente y todo encaminado a obtener ventajas indebidas en sus negocios o a defraudar los intereses del gremio de comerciantes. Por razones de equidad, consideramos conveniente que sea el juzgador quien haciendo una evaluación particular, concreta, desentrañe la verdadera intención en el agente, adscribiéndole, si fuere del caso, la sanción correspondiente.

Dentro del estudio del contenido de la oferta, no podemos ignorar la concurrencia de requisitos que debe contener aquella, como por ejemplo la que promueva o formule el Incora al propietario a quien se le va a negociar un predio, de conformidad con el contenido del Artículo 24 del Decreto número 1576 de 1.974, que expresa:

- "La oferta de compra que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria formule al propietario de un predio que pretenda adquirir, deberá contener, por lo menos lo siguiente:
- a. Nombre del predio con indicación de sus linderos, cabida total y ubicación; y
 - b. Naturaleza del programa por el cual se afectó el inmueble;
 - c. Area requerida por el Instituto y que es objeto de la negociación;
 - d. Area excluida, si a ello hubiere lugar, con indi-

cación de ubicación y linderos. Cuando no se haya ejercitado el derecho de exclusión, la oferta comprenderá la totalidad de la zona requerida;

e. Precio de compra y forma de pago de acuerdo con la Ley;

f. Determinación de las servidumbres que sean necesario establecer para el servicio, tanto de la porción que vaya a adquirirse, como de la excluida;

g. Fecha, hora, lugar y Notaría donde debe procederse a la firma de la escritura o a la suscripción del contrato de promesa de compraventa. La Notaría podrá ser la de la oficina respectiva del Incora o la del lugar de ubicación del inmueble;

h. Fecha para la entrega material del predio, conforme a la Ley...".

Como se puede ver de la anterior transcripción, cuando el Incora para adquirir predios rurales, formula ofertas, estas deben cumplir las exigencias y especificaciones que contiene la norma y cuya pretermisión o desconocimiento afecta la validez y así debe haber identificación plena del predio, precio de compra y forma de pago; determinación concreta de las limitaciones del dominio como servidumbres y así mismo el lugar y la hora que van a determinar el perfeccionamiento de las negociaciones, previa la aceptación por el destinatario. Se trata, pues, de una norma, de vital importancia porque está indicando los requisitos que debe cumplir la ofer-

ta, y que por analogía bien pueden tener aplicación en toda clase de oferta. etc., son medios capaces para

formular ofertas de tipo expreso. Son tácitas cuando

Sin embargo, nosotros consideramos que por otras razones, ciertas propuestas que no alcanzan a reunir los requisitos de la esencia, ni los prescritos por la norma en comento, bien pueden repercutir en situaciones jurídicas con sus respectivos efectos. Así pues, si desde Pasto envió una comunicación a Bogotá para un determinado destinatario a fin de que viaje a Pasto para celebrar negocios, en realidad no he formulado una propuesta oferta, sino una simple invitación, la que puede repercutir en

4. Los intereses económicos del que viaja, pues desatenderá sus actividades, invertirá capital, etc.

Una de las exigencias que se consagra en el Código de Comercio, relativa a la oferta, es que ella sea comu-

2. Sujetos de la Oferta.-

Ya está dicho que la oferta viene a ser el primer acto encaminado a la celebración de un contrato o convención, que puede formularse por cualquiera de los agentes y si se trata de una compraventa, la oferta puede provenir del vendedor para vender o del comprador para comprar.

3. Formas de la oferta.-

De conformidad con la doctrina, la oferta puede ser expresa o tácita; la primera como cuando se acude a medios explícitos de comunicación verbal o escrita. Por tanto, las conversaciones presenciales o no presenciales como las verificadas por telefonía, radio o cualquier otro

medio y aquellas otras a través de cartas, circulares, telegramas, impresos, etc., son medios capaces para formular ofertas de tipo expreso. Son tácitas cuando la invitación a contratar se lleva a efecto mediante ciertos hechos que en forma inequívoca permiten inferir la proposición de una convención o un contrato. Oferta tácita, por ejemplo, sería la exhibición de mercancías en las vitrinas de los almacenes comerciales y en los cuales se coloca el precio respectivo, constituyendo oferta para vender el artículo al precio fijado.

4. Comunicación de la Oferta.-

Una de las exigencias que se consagra en el Código de Comercio, relativa a la oferta, es que ella sea comunicada al destinatario, entendiéndose que se cumple este requisito al utilizar cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario. La norma establece que la oferta se hace conocer al destinatario cuando se acude a uno cualquiera de los sistemas ideados para el objeto que pueden ser medios escritos u orales.

La comunicación de la oferta puede hacerse entre personas que residen en el mismo lugar o entre personas que residen en sitios distintos. Las primeras se conocen como ofertas entre presentes y las segundas, como ofertas entre ausentes o por correspondencia.

1. Comunicación de la oferta entre presentes.

La comunicación de la oferta entre presentes se da

de dos maneras: en forma escrita y en forma oral. En forma oral cuando los agentes tanto proponente como destinatario, se hallan físicamente el uno frente al otro. En forma escrita, cuando a pesar de residir en el mismo lugar, la oferta se formula utilizando cualquier medio escrito y que es el sistema predilecto o socorrido en las transacciones comerciales de cierta entidad. Fuera de estos dos mecanismos, la doctrina y la jurisprudencia en forma generalizada considera que la oferta que se hace a través de teléfono, debe asimilarse a la hecha entre presentes, y así lo prevé el estatuto mercantil cuando dice que esta especie de ofertas se asimilan a la hecha entre presentes, en lo referente a la formación y aceptación. El profesor Guillermo Ospina dice que cualquier oferta que se haga por la radio, debe revestirse de los efectos jurídicos de la realizada entre presentes, recomendación que acogemos en el sentido de que si en las comunicaciones telefónicas se da la coincidencia entre la propuesta y el conocimiento de la misma por parte del destinatario, la radio también tiene esa virtualidad, como también lo tendrían otros medios modernos como las comunicaciones por vía satélite.

II. Comunicación de la oferta entre ausentes o por correspondencia.-

La comunicación de la oferta entre ausentes se da generalmente a través de medios escritos, como las cartas, telegramas, télex, circulares, etc. Debemos tener en cuenta lo expresado por el Código Mercantil cuando la oferta se hace por teléfono, que como quedó expresa-

do, ella se asimila entre presentes; tal presunción únicamente cubre lo relativo a la formación y a la aceptación, que no impide a que el contrato que se hubiere celebrado, opere por correspondencia.

5' Duración de la Oferta.-

Según que la oferta se de entre agentes residentes en el mismo lugar, ya oralmente o por escrito, o según se de entre ausentes o por correspondencia, la oferta se revestirá de efectos jurídicos en cuanto a su duración.

1. Duración de la Oferta entre presentes.

Sobre esta forma no hay dificultad alguna, cuando quiera que se de en forma oral o por teléfono, puesto que de conformidad con el Artículo 850 del Estatuto Mercantil, "la propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptado o rechazada en el acto de oírse...", por tanto, una oferta de esta naturaleza se condiciona al momento mismo de haberse expresado, que quiere decir que la duración de la misma es extremadamente limitada, porque dura hasta que haya aceptación o rechazo por el destinatario, acto que se da de inmediato.

Cuando la oferta se hace por escrito entre personas que residen en el mismo lugar o entre personas ausentes, se presenta una mayor dificultad al tratar de establecer la duración de la oferta. Para estos eventos el Código de Comercio prescribe que la oferta que se hace por escrito, debe ser aceptada o rechazada dentro de los seis días si-

guientes a la fecha en que se dio la propuesta y en caso de que el destinatario resida en el mismo lugar del proponente; en el evento contrario, cuando residen en distintos lugares, al término legal de los seis días se le agrega el de la distancia.

Si tomamos en cuenta que la oferta de por sí no es contrato, sino que ella es una etapa precontractual que cumpliendo con otros requisitos como la aceptación, puede dar lugar a celebración de contrato, con las cargas y responsabilidades para los agentes en la forma como lo hubieren convenido; es necesario considerar que la oferta como posible fuente de obligaciones debe proteger al oferente y al destinatario, pues si una oferta dura por tiempo indefinido, quédale al destinatario la posibilidad de acogerla o rechazarla, como a bien lo tuviere y los intereses del oferente o proponente se verían en serios peligros, porque estaría en un plano de incertidumbre. Por esta razón la Ley en primer término debe dejar en libertad al agente para formular ofertas, señalando libremente el término de duración de la misma, así como de igual manera, en caso de no haberlo señalado, que la misma Ley por razones de justicia social, entre a señalar el término de duración de la oferta, ya que es sabido que no todos los agentes se hallan en igualdad de condiciones en los conocimientos que exigen o entrañan los actos del comercio jurídico.

El anterior criterio está adoptado por el Estatuto Mercantil vigente que en el Artículo 851 expresa: "Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha

en que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia". El término de la distancia a que hace referencia la norma, según el Artículo 852 ibidem, "se calculará según el medio de comunicación empleado por el proponente". La norma en comento se complementa con la del Artículo 864 ibidem y que en su inciso segundo reza: "Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los Artículos 850 y 851". En alcanzado el vertiginoso desarrollo actual y lo considero importante en la vigencia del Código Judicial. Como es fácil advertir, en este apartado no tratamos de establecer todavía el perfeccionamiento de la oferta, sino el de la duración como principio tutelador de los intereses del proponente y que según los textos legales transcritos, la duración de la oferta es el de seis días, contados a partir de la fecha en que se hubiese formulado la oferta y que es al cual debe acogerse al destinatario para aceptarla o para rechazarla.

- Si es evidente que en el estado actual los medios de comunicación entre personas ausentes se han desarrollado y perfeccionado extraordinariamente, consideramos que debe continuar vigente la institución del término de la distancia, porque no siempre los medios de comunicación...
- II. Duración de la oferta entre ausentes o por correspondencia.

El término de duración de la oferta previsto por el Artículo 851, ya conocido, cuando se trate de ofertas hechas entre ausentes, se aumentará de conformidad con el término de la distancia que se calcula según el medio de comunicación que se hubiese empleado por el proponente.

61/ VALENCIA

62/ OSPINA

Es necesario conocer qué entiende la doctrina por término de la distancia y cómo se lo evalúa. Según A. Von Thur, citado por Valencia Zea, es "el plazo durante el cual el oferente tenga derecho a esperar la contestación supuesto un desarrollo normal de las circunstancias". 61/

Para el profesor Guillermo Ospina, el término de la distancia es "una anacrónica institución". Considera que esta institución sí jugó un papel de suma importancia en pasadas épocas, cuando los medios de comunicación no habían alcanzado el vertiginoso desarrollo actual y lo consideró importante en la vigencia del Código Judicial -Ley 105 de 1931-, fijando el término de la distancia en un día por cada 3 miriámetros para efectos de ampliar "ciertos plazos en materia procesal". El auge y perfeccionamiento de los medios de comunicación, según el autor, hizo innecesaria la institución del término de la distancia, eliminándolo del actual Código de Procedimiento Civil. 62/

Si es evidente que en el estado actual los medios de comunicación entre personas ausentes se han desarrollado y perfeccionado extraordinariamente, consideramos que debe continuar vigente la institución del término de la distancia, porque no siempre los medios de comu-

61/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 130.

62/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 154.

nicación de que se dispone en una región son los mismos de que disponen otras, diferencias que se aprecian por el mayor o menor grado del desarrollo social, económico y técnico. Así por ejemplo, habrá mayor dificultad en las comunicaciones entre una vereda del Litoral Pacífico de Nariño con una de la Guajira; por el contrario, comunicaciones entre Cali, Bogotá, Medellín y otras urbes, son inmediatas. A lo anterior se puede agregar que muchas veces imprevistos diversos entorpecen los medios de comunicación, hacen casi imposible cualquier clase de contacto y de ahí la importancia en la cita que nos trae el profesor Valencia Zea, al hacer de pender dicho término en el "desarrollo normal de las circunstancias".

Por esta razón, encontramos acertada la posición asumida por el Legislador cuando hace recaer el término de la distancia en el "medio de comunicación empleado". Sin embargo, consideramos que este concepto debe también completarse con las circunstancias de normalidad, pues de ello depende la eficacia y la idoneidad del mensaje-propuesta. El término de la distancia significa determinar un lapso de tiempo de acuerdo con la distancia y en materia de comunicaciones, sería absurdo tratar de hacer una enumeración taxativa de los mismos y asignarles a cada una de ellas su evaluación, atendida la circunstancia de que hoy existen medios innumerables aptos para esos fines. Desconocer la mayor o menor eficacia que cada uno de ellos pueda tener en el proceso normal de las comunicaciones, sería ir en contra de la justicia y la equidad, razón por la cual, si no se acogió por el Legislador una medida aplicable a la genera-

1. lidad, es porque al Juez le corresponde justipreciar discrecionalmente cada caso concreto, origen del conflicto. En resumen, cuando quiera que la oferta se de, entre personas ausentes, ella tendrá la duración de seis días contador a partir de la fecha de la expedición de la oferta y teniendo en cuenta para su incremento, el medio de comunicación empleado y las circunstancias de normalidad que determinaran el consabido término de la distancia. Finalmente, la expedición de la oferta no debe entenderse como la fecha en que se firma o elabora el documento, que son actos preparatorios que constituyen emisión, mientras no se despache el mensaje o la oferta. Los actos preparatorios no constituyen emisión de la manifestación de la voluntad, porque bien se puede destruir el mensaje o no enviarlo, etc., situación esta, conocida como "actos inocuos".

- En conclusión este corriente niega la posibilidad de crear obligaciones a la oferta sino cuando es aceptada.
6. La obligatoriedad de la Oferta. - contrato se perfecciona, que, como lo dice el Legislador, es ley para las partes. Nos corresponde estudiar si la oferta proveniente de una persona física o jurídica, por el simple hecho de formularla, genera obligaciones en él o los oferentes para con el o los destinatarios. La respuesta al interrogante nos permite resolver otra serie de cuestiones con relación a los efectos jurídicos que se desprenden de ese acto. La doctrina se divide en dos corrientes:

I. Teoría de la no obligatoriedad de la oferta.

Esta teoría, de origen francés que se basa en las tesis planteadas por Pothier, niega toda eficacia al acto jurídico unipersonal tanto simple como complejo, que sea capaz de generar obligaciones al oferente y que tiene arraigo en el principio de que "nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad".

La doctrina francesa niega toda posibilidad de ser fuente de obligaciones al acto jurídico unipersonal, porque para que estas se den es indispensable el consentimiento de los agentes, tanto del obligado como del beneficiado. Este es el pensamiento de Pothier, quien sostiene que no se puede transferir derechos por simple voluntad y prescindiendo del consentimiento del beneficiado, como no se le puede reconocer un derecho contra el oferente, "mientras su voluntad no concurre a adquirirlo".

63/

En conclusión esta corriente niega la posibilidad de crear obligaciones a la oferta sino cuando es aceptada, porque si ocurre lo último, el contrato se perfecciona, que, como lo dice el Legislador, es ley para las partes.

II. Teoría de la obligatoriedad de la oferta.

Como reacción a la teoría de la no obligatoriedad,

surge la tendencia alemana que es socorrida por una gran mayoría de legislaciones contemporáneas. Este teoría que le desconoce la total validez de la manifestación de la voluntad por parte de los agentes en consideración a la limitación de la autonomía, afirma que también existen actos jurídicos que por sí solos engendran obligaciones, como ocurre por ejemplo con el testamento, la agencia oficiosa y la oferta considerada como una verdadera fuente de obligaciones, porque proviene de "un hecho voluntario lícito que se obliga". 64/

En verdad la oferta debe considerarse como fuente de obligaciones y por varias razones, a saber: si se tiene en cuenta que los particulares satisfacen sus necesidades a través de los distintos actos que legalmente se les reconoce y que la comunidad acepta por no ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres, esos particulares haciendo uso de la autonomía de su voluntad, que por cierto se encuentra limitada, procuran emitirla para que sea conocida por las personas a quienes se dirige. Sin embargo, son distintos los intereses que los agentes pueden perseguir y que en ciertos casos la voluntad expresa no coincide con la real, porque pretenden desconocer o vulnerar derechos legítimamente reconocidos. En efecto, bien puede tratarse de burlar los derechos a través de actos, como la oferta, que es medio idóneo y eficaz para tales fines, pretendiendo por una parte no obligarse con el destinatario y para sacar

64/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Op. cit. Pág. 157.

beneficios propios con detrimento de los del agente y hasta de la misma sociedad. El ordenamiento jurídico no propende a solucionar los perjuicios que se ocasionen con los actos, en primer plano, sino que más que todo desarrolla una política de prevención y que cuando quiera que se irroguen perjuicios, ese mismo orden jurídico encausa las medidas para el saneamiento y resarcimiento de perjuicios.

Los perjuicios se ocasionan cuando se formula una oferta y el destinatario, por considerarla buena para sus intereses, la acepta, pero el oferente o nunca estuvo interesado en adquirir obligaciones o buscaba irrogar perjuicios al agente o a la colectividad. Es mucho más notorio el evento en que el destinatario para adherirse a la oferta a través de la aceptación, comienza a realizar los actos preparatorios, desistiendo de otros negocios que se le habían propuesto, invirtiendo capital y desarrollando otras tantas actividades dirigidas a ese propósito y cuando el oferente no se allana a cumplir su palabra, exponiendo al destinatario a cargar con perjuicios más o menos graves y que lo sitúan en condiciones adversas que lo impulsan a exigir el cumplimiento de la oferta o el resarcimiento de los perjuicios.

Las razones que se toman en cuenta para considerar la oferta como un verdadero acto unipersonal generador de obligaciones del oferente para con el destinatario, se arraigan en las permanentes normas de equidad y justicia, porque si se parte del principio de la buena fe, ella debe tenérsela en cuenta en todo el proceso ya de los actos preparatorios, ya en los de ejecución del

contrato. Prescindir o no considerar la simple voluntad de uno de los agentes para obligarse, equivale a dejar en total desprotección a las personas que logren una vinculación o una relación con el proponente y a la sociedad en general; por eso es que el Estatuto Mercantil, entre otras, considera como competencia desleal a todos "los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios", casos en los cuales son precisamente las ofertas sin ánimo de obligarse, uno de esos medios o sistemas que se encaminan a objetivos nocivos en detrimento del comercio honesto y leal.

En la complejidad del diario vivir, en las multifacéticas relaciones sociales, económicas y comerciales se presentan actos que pueden dar nacimiento a verdaderas relaciones de Derecho, como la oferta y otras que no afectan el orden jurídico, pero que corresponden a una zona intermedia, denominada de negocios preliminares, que se escapan a las regulaciones positivas, aspecto que ponderadamente lo considera el profesor Alvaro Pérez Vives, cuando atinadamente nos dice: "En efecto, hay actos de la vida diaria que son ajenos al mundo del Derecho. He citado los actos de cortesía, pero también he mencionado los actos preparatorios de los negocios jurídicos, los actos preliminares. A diario se reúnen las personas en los cafés a conversar de negocios, es frecuente que dos conocidos se pongan una cita en un café, en un club para hablar de negocios. En ese momento estamos fuera de la esfera jurídica, pero hay un instante en que esas actividades de ordinario indiferentes para el jurista, comienzan a producir efectos, es el momento en que se

III. expresa una voluntad seria, encaminada precisamente a producir efectos jurídicos. Es una línea muy sutil que la divide o separa estas actividades intrascendentes y irrelevantes, de estas otras que ya tienen un contenido y un efecto jurídico. Ese terreno se bifurca: de una parte, dentro de la voluntad lícita con efectos jurídicos, y de la otra, hacia la voluntad ilícita, también con efectos jurídicos. Es así como si ya no se trata de una de estas citas o encuentros muy usuales entre personas que no han entendido ligarse por la voluntad, ni tampoco ejecutar un acto serio encaminado a producir efectos jurídicos, sino una actividad usualmente preliminar, previa a los negocios, y existe dentro de la actitud del sujeto una conducta que puede tenerse como vinculante de una parte, o como lesiva de la otra, en ese momento habremos traspuesto la línea divisoria para llegar a la voluntad lícita o a la voluntad ilícita vinculante". 65/

La obligatoriedad en la oferta conlleva efectos jurídicos de gran trascendencia, como son: que el oferente no se puede retractar de la oferta, mientras no se hubiese cumplido el término de duración de la misma; durante ese mismo término, la muerte o la incapacidad del proponente, no origina caducidad de la oferta.

65/ MANRIQUE Guzmán, Daniel. GAVIRIA, Enrique. PEREZ Vives, Alvaro. Comentarios al Código de Comercio. Op. Cit. Pág. 216. Vol. Primero.

gondor que el efecto jurídico de la irrevocabilidad es

III. Obligatoriedad en el sistema legal colombiano. —, o sea a la emisión de la misma, acogiendo uno cualquiera de De conformidad con la norma del Artículo 846 del Código de Comercio, en Colombia se ha acogido el sistema alemán, prolijado también por muchas legislaciones modernas, relativo a la obligatoriedad de la oferta. En efecto, la norma establece: "La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario". En el inciso segundo se establece además: "La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se produzca la intención contraria".² que favorece instantáneamente la oferta. A este propósito, el profesor Atrás queda dicho que las consecuencias jurídicas que se desprenden de la obligatoriedad de la oferta son dos: la irrevocabilidad de la propuesta por parte del oferente mientras dure el respectivo período y la no caducidad de la oferta, así sea sobrevenida en el término de la duración, la producción de la muerte y hasta la incapacidad del oferente, supuestos que como se puede observar de la norma, están previstos legalmente en el ordenamiento positivo y es de allí que la oferta conlleva obligatoriedad para el oferente, respecto del destinatario. persona a consecuencia de la cual un contrato no se

66/ VALENCIA
CIT.
Sobre la irrevocabilidad de la oferta, débense tener en cuenta estas observaciones: en primer lugar, hay que entender que el efecto jurídico de la irrevocabilidad se

observa a partir de la comunicación de la oferta, o sea a la emisión de la misma, acogiendo uno cualquiera de los sistemas o medios para hacerla conocer al destinatario, como así se induce de la norma del Artículo 845 *ibidem*. En segundo lugar, se advierte que el legislador no consagró la posibilidad de que el oferente se retracte, sino que por una situación de hecho, esto es, de dejar de cumplir con la obligación contraída, una vez que se hubiese aceptado la oferta, el destinatario puede ejercer la acción ejecutiva del cumplimiento de la obligación, por una parte, y por la otra, podrá solicitar que se le indemnicen los perjuicios que se le hubiesen irrogado.

Se ha establecido, pues, una responsabilidad en cabeza del oferente, cuando no se le permite que revoque *intempestivamente* la oferta. A este propósito, el profesor Valencia Zea dice: "La oferta adquiere cierta *sustantividad* en el sentido de que el oferente no puede revocarla sin comprometer su responsabilidad". 66/

La responsabilidad del oferente que se desprende por la revocación de la oferta, tiene fundamento no en el incumplimiento del contrato, que, como ya lo dijimos, aún no se ha perfeccionado, ya que la oferta apenas es una de las etapas en su formación, sino en la "culpa *in contrahendo*", o sea de "aquella culpa en que puede incurrir una persona a consecuencia de la cual un contrato no se

66/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 130.

de forma o se forma defectuosamente". 67/ En efecto, la responsabilidad no se puede predicar de un acto o contrato que aún no se ha perfeccionado; tampoco se puede decir que es de tipo extracontractual, pues el contrato por estaba en camino de perfección y por culpa de uno de los agentes, el oferente, no tuvo vida jurídica, cuando el promitente se obliga y la otra acepta el prometido.

Respecto a la no caducidad de la oferta, ya por incapacidad sobreviniente o por la muerte del agente oferente, se tiene en cuenta que, en caso de muerte los efectos de la obligatoriedad de la oferta se transmiten a los herederos, para quienes rigen las normas pertinentes; en caso de incapacidad sobreviniente la obligatoriedad recaerá en quien lo represente legalmente, con salvedades en la naturaleza de la oferta, tal como ocurriría en el comercio para la elaboración de obras de arte cumplida por un renombrado artífice, o también, cuando de la voluntad del oferente se deduzca una intención contraria, o sea cuando la prestación debe realizarse por él, si en consideración a su persona específica, o también cuando de la voluntad del oferente, se deduzca una intención contraria, o sea, que la prestación a toda costa debe realizarse por él, excluyendo a herederos o representantes legales.

- b. La Policitación.- se destinan a hacer sonocar, es decir, a hacer pública la existencia de productos, la misma profesión. La doctrina conoce como policitación la oferta o propuesta y que muchas veces no tienen forzosamente la intención de obligar, sino que se valen de los medios publicitarios para

67/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. de las Obligaciones. Op. Cit. Pág. 131.

de negocios que se dirige al público en general, conllevando la indeterminación de las personas que pueden actuar como destinatarias. Una segunda acepción que se tiene del término es la oferta que aún no ha sido aceptada por parte del destinatario; y una tercera que la hace consistir en las promesas unilaterales de obligaciones, cuando el prometiende se obliga y la otra acepta el prometiende sin contraer obligaciones. Para nuestro estudio solo analizaremos la policitación del primer sentido.

La diferencia entre policitación y oferta es de gran importancia mirando las consecuencias que se pueden desprender en cada uno de estos actos jurídicos, así como los efectos inherentes a las mismas. Las policitaciones, como ya se dijo, son medios socorridos en el comercio jurídico y los comerciantes y los profesionales pueden hacer propuestas como de distribución de productos o de prestación de servicios y que van dirigidas a la colectividad o a la generalidad de las personas. Sobre este particular hay necesidad de saber si cualquier clase de anuncios producen, como en la oferta, obligatoriedad para con el policitante, o si estos actos se condicionan o revisten de consecuencias diferentes. En efecto, muchas veces aparecen publicados avisos en los diarios de amplia circulación de la intención que tiene una persona de enajenar sus bienes, o la prestación de servicios que puede realizar, o aparecen circulares anunciando productos, que muchas veces se destinan a hacer conocer, es decir, a hacer pública la existencia de productos, la misma profesión, y que muchas veces no llevan forzosamente la intención de obligarse, sino que se valen de los medios publicitarios para esos fines.

1. Clases de Policitación.-

Es conveniente analizar si cualquiera propuesta o comunicado es fuente generadora de obligaciones para con el solicitante. La doctrina clasifica las policitaciones en simples y compromisorias.

I. La Policitación Simple.

Es aquella que se utiliza por parte de los policitantes para invitar a personas indeterminadas a formular distintas ofertas con relación a los bienes o a los servicios que se han anunciado o que son de público conocimiento, como cuando se ofrecen productos de construcción, instrumentos musicales o servicios profesionales de odontología y hasta de mecánica.

II. La Policitación Compromisoria.

Es aquella propuesta que se hace por parte del policitante de aceptar la oferta que se le haga por la o las personas que en forma indeterminada, cumplan las condiciones que éste hubiese señalado. Tal ocurriría con la recompensa por la entrega de un artículo que se extravara, o el cumplimiento de las exigencias que se señalaran en la propuesta, como el de realizar una determinada actividad, o cubrir previamente con un depósito de dinero como acto inequívoco de la intención de adherirse a la propuesta.

La importancia de esta distinción radica más que en la naturaleza de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 163.

todo en razones de equidad y de práctica jurídica, porque de esta manera se propende por los intereses de los agentes, pues no toda intención de hacer conocer o dar notoriedad a los servicios que puede dispensar son obligatorias, sino que para que ello ocurra de esa manera, es necesario que el policitante "manifieste su voluntad de comprometerse en favor de quien la acepte". 68/

Nuestro régimen legal contempla varias clases de policitaciones y que según afirma el profesor Ospina Fernández, se ha incurrido en error tratando de establecer una especie de casuismo en el estatuto mercantil, señalándole a cada una de ellas sus respectivos efectos jurídicos de la obligatoriedad o no obligatoriedad, siendo que para ello hay que tener en cuenta si el policitante, en su acto manifestó su "voluntad de comprometerse en favor de quien la acepte".

Acogemos este criterio en el sentido de que para establecer o no la obligatoriedad de la policitud, debe partirse de esa manifestación de la voluntad de que gozan los particulares en la forma restringida como hemos visto, para expresar su intención de obligarse para quien acoja esa propuesta, advirtiéndole que muchas veces los comerciantes abusando de esa clase de actos ocasionan perjuicios, al hacer una verdadera oferta, con el lleno de los requisitos de la esencia y otras veces, acudiendo a los elementos de la naturaleza que en hábil forma logran ocasionar una serie de confusiones entre los des-

68/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 163.

tinatarios y aún dentro del gremio de los mismos comerciantes, situaciones que reclaman actos sancionatorios por ser expresión de una competencia desleal. Esto se observa en conductas inveteradas en nuestro medio, porque casas distribuidoras de artículos expiden circulares y apelan a otros medios publicitarios para hacer conocer sus promociones que a la postre no cumplen, que no pasan de ser meras ilusiones, pero que ocasionan verdaderos perjuicios.

Debemos añadir que la policitación no compromisoria entrará a revestirse de obligatoriedad cuando quiera que se hubiese dado la aceptación por parte de uno de los destinatarios que en este caso, se constituirá en el oferente, siendo ya el policitante, quien debe expresar o no su aceptación, a diferencia de la policitación compromisoria, en la cual, cualquiera de los destinatarios puede cumplir con las exigencias y condiciones que se hubiesen estipulado en la policitación.

El Estatuto Mercantil acoge, como ya se vio, varias clases de policitaciones: la propaganda escrita, las exhibiciones de mercancías; las licitaciones públicas y privadas y la promesa de premio.

La propaganda escrita prevista en el Artículo 847 del Código de Comercio, textualmente dice: "Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquier otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga...". El legislador

en esta forma quiso proteger los intereses de quien formula una policitud no compromisoria, por las razones antedichas, o sea, porque con un simple acto de publicidad no se puede obligar a las personas, siempre y cuando se observen a cabalidad los principios rectores en toda clase de actos.

La policitud de exhibición de mercancías que se ha previsto en la norma del Artículo 848 ibidem, reza: "Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto por un precio fijo hasta el día siguiente al del anuncio".

En esta norma hay que tener en cuenta que el Legislador acepta la eficacia de las peticiones tácitas, es decir, de las invitaciones a contratar que se dan a través de hechos como la exhibición que en forma inequívoca indican la intención del propietario o del mandatario de contratar o convenir. La simple exhibición de por sí no es obligatoria para el peticionante, sino que ella tendrá eficacia cuando quiera que el destinatario la acepta, pero en tal supuesto, el peticionante se obliga en las condiciones que hubiese establecido como el precio y demás circunstancias como el tiempo que permanezcan las mercaderías en exposición. El profesor Guillermo Ospina considera erróneo el tratamiento que le da el Estatuto Mercantil a esta clase de po-

licitaciones, cuando establece la obligatoriedad por parte del policitante ya que según él, las razones que determinan la no obligatoriedad de la propaganda, "se dan respecto de esta otra clase de propaganda; solamente constituyen invitación a cualquier interesado a iniciar negociaciones ya concretas". 69/ Apartándonos de este criterio, consideramos que el tratamiento dado por el Estatuto Mercantil es acertado, porque en las vitrinas se pueden exhibir artículos sin ninguna indicación en el precio, hecho que por sí solo constituye propaganda y en este evento, la policitación no es compromisoria, ya que la negociación sobre el artículo se da con el acuerdo de las voluntades de los agentes. No ocurre lo mismo cuando el sistema de exhibición anuncia el precio, en cuya situación se está dando una manifestación del policitante de enajenar ese bien bajo esa condición, que la debe mantener mientras dure la misma, o sea que con la simple aceptación el policitante queda obligado para con el aceptante. Consideramos que la exhibición que se hace en esta forma, deja de ser un medio publicitario para convertirse en una oferta tácita, que bien puede ser aceptada o rechazada por cualquier agente, ya que de lo contrario, implicaría la posibilidad de que desistiera o revocara su oferta sin una justa causa, argumentando la posibilidad de no haber querido obligarse, situación que a todas luces repugna a los principios rectores de la buena fe que regula el obrar de los asociados. En este orden de

69/ OSPINA Fernández Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. cit. Pág. 164.

ideas y atendiendo el criterio del profesor Ospina en cuanto la pollicitación es compromisoria cuando el pollicitante manifieste su voluntad de comprometerse en favor de quien lo acepte, es evidente que la intención en este caso es la de obligarse y por lo mismo, debe obrar honrando a su manifestación de voluntad para contraer una obligación tácitamente. A este respecto, consideramos que cuando se acude a los medios de propaganda escrita en los cuales se expresan los precios de los artículos y demás circunstancias, de los cuales se infiera la intención del pollicitante de obligarse, el Código debería dar un tratamiento uniforme, pues que en esta situación la propaganda deja de serlo para transformarse en una verdadera manifestación de voluntad proveniente de un acto unipersonal, capaz de producir obligaciones. Cuando estudiamos el contenido de la oferta, creímos conveniente traer aquella que se ha previsto en el Artículo 24 del Decreto No. 1576 de 1.974, donde expresamente se enumeran los requisitos que debe contener la oferta, ante lo cual nos surge un interrogante de que si una pollicitación cumple con estos requisitos, no puede ser fuente de obligaciones para el pollicitante. Estimamos que la propaganda simple no es fuente obligacional, pero sí lo es una pollicitación que llene los requisitos de la esencia, tal como así lo ha previsto el Estatuto.

En cuanto a las licitaciones previstas por el Artículo 860 del Código de Comercio, allí se lee: "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condi-

cionado a que no halla postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás". Bueno es reparar que el Legislador habla de licitaciones públicas o privadas, o sea de aquellas que se destinan para el público en general y para grupos en particular. Pero aquí cabe la posibilidad de que estas también tengan que ver con las que realizan las personas jurídicas de Derecho público y aquellas pólíticas abiertas por las personas de Derecho privado. En el segundo sentido por licitación pública se entiende el concurso mediante el cual la administración escoge el contratante que mayores ventajas le ofrezca. "Tiene por objeto dar a todas las personas la oportunidad de contratar con el Estado, y tiende, por lo tanto, a hacer desaparecer cualquier privilegio en favor de persona determinada". En este mismo sentido, la licitación es privada cuando el Estado necesita un bien y este por su naturaleza, por ser reducido y por su condición, es susceptible que sea aportado por determinadas personas.

En esta clase de pólíticas es importante considerar que estas más que todo se caracterizan por ser compromisorias, ya que en la respectiva proposición o pliego se establecen con certidumbre todos y cada uno de los requisitos que la van a caracterizar y donde prevalecerán los elementos de la esencia, siendo consecuencias de estas la obligatoriedad para la persona o personas que hubieren presentado la proposición, en tanto que la aceptación que según la norma se da con la postura, se tendrá en cuenta que se preferirá a la del mejor postor, desechándose las

demás. De lo expuesto, se puede deducir que las licitaciones conllevan obligatoriedad de parte de quien formula los pliegos, de aceptar las posturas que cumplan a cabalidad con los requisitos señalados para tal efecto, hallándose en la posibilidad de desechar aquellos que no los hubieran llenado a cabalidad.

En cuanto a las peticiones que se desprenden de las promesas de premio, están previstas en la norma del Artículo 856 del Estatuto Comercial, allí se expresa: "La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas. Si no se señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará transcurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de ésta se deduzca un término distinto".

En esta clase de petición compromisoria, es indispensable tener en cuenta que en verdad la promesa pública de premio es un acto unipersonal simple o complejo y que se usan por personas jurídicas o naturales, para ofrecer un premio determinado, recompensa o galardón a cambio de la realización de un acto también concreto o de la abstención de un resultado.

Expresamos con anterioridad, que la doctrina moderna considera a la promesa conocida por el público como una verdadera fuente de obligaciones de cumplimiento del pago del premio ofrecido, porque tienen "valor en sí misma", como así lo dijo el profesor Valencia Zea.

2. La promesa pública de premio es como una especie de recompensa otorgada por el peticionario para con la o las personas que cumplan, según la norma, las condiciones que se hubiesen previsto en la propuesta. Esta es de tipo compromisorio, porque así como en la oferta en que debe primar el principio de la buena fe por parte del oferente, en esta clase debe observarse mayor rigurosidad, a fin de que personas que con el objeto de cumplir con la actividad solicitada, realicen actos que representan esfuerzos o detrimento en el patrimonio. No sería justo ni equitativo que esta promesa se incumpla con el pretexto de la no intención de obligarse, sino de realizar experiencias o investigaciones estadísticas de acuerdo con la atención que el público da a esta clase de propuestas, como sería el caso de indagar, bajo el señuelo de un premio, la sintonía preferencial pública de programas de televisión, radio, etc.

La citada norma prevee que la duración legal de la propuesta de promesa pública, en caso de no haberla establecido el peticionario, es de un mes contado a partir de la fecha en que se hizo la oferta. Esto quiere decir que dentro de ese término los destinatarios pueden contestar la oferta, aceptando por haber cumplido las condiciones estipuladas, con la adicional circunstancia de que ese término puede variar por la naturaleza de la prestación, como cuando se ofrecen bajo ciertas condiciones la adquisición de los mejores productos cuya elaboración o producción se da con término superior al mes.

2. Efectos de la Pollicitación Compromisoria.

Es del caso estudiar los efectos jurídicos que se presentan en la pollicitación compromisoria, pues como ya queda establecido, en la oferta entre personas determinadas y ciertas, el principal efecto jurídico es la imposibilidad que tiene el oferente de poderse retractar o revocar la oferta en el término de la duración de la misma y que cuando quiera que se presente esta situación de hecho, éste carga con la sanción de indemnizar los perjuicios; paralelo a este efecto se estableció la no caducidad de la oferta en el término de la duración cuando el oferente fallece o cae en incapacidad absoluta. En materia de pollicitaciones, el ordenamiento jurídico adopta posición distinta en cuanto al primer efecto, pues acorde a la norma del artículo 857 del Estatuto Mercantil, "la oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa. La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente. La revocación no producirá con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta".

En la promesa obligativa de premio esta puede ser revocada. En cuanto a la pollicitación hecha por escrito valiéndose de circulares, nuestro Estatuto Mercantil no reviste obligatoriedad para con el oferente y tendríamos que este fácilmente no cumpliría con lo allí establecido sin necesidad de revocar o retractarse en su propuesta; pero como nuestro criterio es distinto, esto es, que si a través de ese escrito se concreta una verdadera oferta, esta debe ser obligatoria, en aras de la buena fe exenta de culpa en el período precontractual, consideramos que tomando en cuenta

La norma del Artículo 851 ibidem que establece el término de la duración de la oferta por escrito en seis días si es en la misma sede, más el término de la distancia en otra distinta, el término para la retractación sería el de los seis días contados a partir de la expedición y a través de la misma forma como procedió la oferta, o sea, por circular, o por otros medios de mayor eficacia para hacer pública la retractación.

En cuanto a la exhibición de las mercaderías en vitrinas y estanterías consideramos que la revocación de la propuesta procede con el simple retiro de las mismas, o sea que la oferta se hace tácitamente y la revocación actúa de igual manera.

En cuanto a las licitaciones públicas o privadas, la revocación procede mediante la expedición de un nuevo pliego en el que expresamente se consagra la intención de revocarla y dentro del término de la duración que si es por escrito, se tendrá en cuenta la norma del Artículo 851 del Código de Comercio.

En la promesa pública de premio esta puede ser revocada en la forma misma que se estableció y en el término de la duración tanto convencional como legal previsto en el término de treinta días contados a partir de la fecha de la propuesta.

No sobra advertir en relación con todos estos aspectos, que si por una parte la norma establece la posibilidad de la retractación en todas las peticiones compromisorias, al peticitante no lo exonera de responsabilidad pa-

ra resarcir los perjuicios que les hubiese ocasionado al o a los destinatarios que hubieren cumplido las condiciones previstas. Esta circunstancia coloca en total desamparo a las personas que si bien no cumplieron en su totalidad con las exigencias, realizaron actividades tendientes a lograr ese objetivo, v.gr. pintar un cuadro sin alcanzarlo a inscribir por lo intempestivo de la decisión, ya que el Código no exige que se hubieren realizado actos encaminados a ese propósito, sino directamente, exige indemnización para quienes "hayán cumplido las condiciones de la oferta". La desprotección del destinatario se fundamenta en causa justa, que no podría adecuarse al principio general del Derecho de que "nadie debe sufrir perjuicio por causa ajena". Si bien pueden cumplir visiones publicitarias y de cultura, también pueden usarse para formular. Refiriéndonos a la indemnización de perjuicios, como secuelas por retractaciones en la oferta y policitación, hay que destacar que mayor conformidad con los principios de la equidad y de las regulaciones positivas tenía el precepto del Código de Comercio originario de la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Panamá, adoptado como Código de la Nación por el inciso tercero del Artículo primero de la Ley 57 de 1887 y que corresponde al Artículo 187, literalmente concebido en estos términos: "La retractación tempestiva no liberta al proponente de la obligación de indemnizar los gastos que hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido la persona a quien fue encaminada la propuesta o de llevar a cumplido efecto el contrato iniciado". El espíritu de esta norma da base para ejercitar la acción de perjuicios indemnizatorios de todos los gastos verificados no únicamente por quienes cumplieron todas las condiciones impuestas, sino que se

hace extensiva a todas aquellas otras personas que de una u otra manera cumplieran actos inequívocos encaminados a adherirse a la oferta a través de la aceptación.

Y para concretar una observación final, es necesario advertir que el Legislador, en su afán de establecer un casuismo en las peticiones para adscribirles a cada una distintos efectos, omitió otras especies de peticiones que acordes con el avance de los medios de comunicación, tienen operancia en el comercio jurídico actual y que dada su perfección, constituyen medios adecuados para convenir y contratar con personas indeterminadas. A la vista tenemos que hubo preterición en la radio, la televisión, el cine, que si bien pueden cumplir misiones publicitarias y de cultura, también pueden usarse para formular verdaderas ofertas o propuestas que se revestirían de efectos jurídicos de obligatoriedad, porque pueden ser causa determinante de que muchos de los destinatarios realicen actividades concretas tendientes a aceptar propuestas. Esto se pone de manifiesto y el diario transcurrir así lo indica, y para no citar sino dos casos, enunciamos las amplias difusiones y propaganda pro vivienda popular para las clases menos favorecidas por medio de créditos a largo plazo unos y sin cuota inicial otros, y la institución de la "Universidad a Distancia", para concluir que la mayor parte de las peticiones se sirven de los distintos medios de comunicación, con prevalencia el escrito, y que por tanto, operan por correspondencia.

La Aceptación.

2.º P.º La Aceptación. - Guillermo Ospina Acosta, Eduardo, Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. El profesor Guillermo Ospina la ha definido como el "acto

de adhesión a la propuesta por parte de la persona o personas a quienes esta se ha dirigido". 70/

a. Formas de Aceptación.-

La aceptación puede revestir como la oferta formas diversas; puede también, con mayor frecuencia que la oferta, ser tácita y resultar de ciertos hechos que implican en su autor la intención de aceptar.

1. La aceptación expresa.

Es expresa cuando el destinatario usa de los signos que en forma inequívoca adhieren a la propuesta. Esta puede ser oral, cuando se da entre presentes, o por medio del teléfono o la radio. También puede ser escrita, cuando quiera que se hace uso de los medios como cartas, telegramas, etc., en los cuales inequívocamente el destinatario expresa su voluntad de adherir a la oferta o pollicitación.

2. La aceptación tácita.

Es tácita cuando de un hecho o un acto se deduce o se infiere la intención del destinatario de celebrar el contrato o la convención, como el remi-

70/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Op. Cit. Pág. 167.

tir la mercancía pedida por el oferente por parte del destinatario, o el envío del dinero para adquirir bienes o servicios ofertados. La aceptación tácita tiene plena validez en el comercio jurídico, como emerge de la norma del Artículo 854 del Código de Comercio de este literal: "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". El que estatuye: "Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posí-

3. El silencio como forma de aceptación. La persona su-
sente los hechos y transcurrido un término razona-
ble a este propósito se recuerda que con anterioridad se consideraba el silencio como una aceptación tácita que se desprendía del antiguo aforismo que lo "el que calla otorga", aforismo que dados sus efectos se modificó por aquel de que "quien afirma ni calla ni niega", tal es el hecho que se tiene en cuenta en el actual Código de Procedimiento Civil, Artículo 95, según el cual la no contestación de la demanda se tiene como indicio contra el demandado. En materia de ofertas los tratadistas se dividen en dos corrientes: quienes consideran que con el simple silencio se demuestra la aceptación y quienes consideran que el silencio no se toma como base para inferir intención por parte del destinatario. Dentro de los primeros están los franceses que la deducen por estipulación directa de las partes;

Una tercera excepción la constituye el caso prescrito por el Artículo 912 *ibidem* referente a la compraventa comercial, al ensayo o prueba, cuando quiera que el comprador reciba la cosa que da silencio dentro del perentorio término de los tres días contados a partir del recibo, sin haber rechazado, entre la presunción de aceptación, la del destinatario.

En Colombia, si es cierto que el silencio no debe entenderse como aceptación, existen algunas excepciones, como la prevista en el Artículo 2151 del Código Civil que estatuye: "Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación". En igual forma, el silencio da margen para presumir aceptación de conformidad con el texto del Artículo 1288 del Código de Comercio cuando establece que "se presumirá aceptada una comisión cuando se confiera a personas que públicamente ostenten el carácter de comisionistas, por el solo hecho de que no la rehusen dentro de los tres días siguientes a aquel en que recibieron la propuesta respectiva".

"Cuando sin causa legal dejare el comisionista de avisar que rehusa la comisión, o de cumplir la expresa o tácitamente, aceptada, será responsable el comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan...".

Una tercera excepción la constituye el caso previsto por el Artículo 912 ibidem referente a la compraventa comercial, al ensayo o prueba, cuando quiera que el comprador recibida la cosa guarda silencio dentro del perentorio término de los tres días contados a partir del recibo, sin haber rechazado, entra la presunción de aceptación.

Las anteriores excepciones, tienen su anclaje en la teoría francesa, que, como ya se vio, una de las formas de presumir la aceptación es la del silencio que guarda uno de los agentes cuando quiera que entre ellos han precedido relaciones comerciales. Esta especie de silencio está considerada por los tratadistas como el denominado "silencio condicionado" y al que se refiere el profesor Pérez Vives en estos apartes: es "... aquel que se da cuando entre personas cuyos antecedentes, cuyas relaciones procedentes o por encontrarse en circunstancias especiales, puede presumirse que el que calla otorga". 71/

Afirmamos que en Colombia no opera como regla general el sistema del silencio como aceptación tácita de la oferta, porque si analizamos la norma del Artículo 854, se deduce que la aceptación es tácita cuando ella se manifieste "... por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto", esto es que debe existir un acto de comisión

71/ GUZMAN MANRIQUE, Daniel. GAVIRIA Enrique. PEREZ Vives, Alvaro. Comentarios al Código de Comercio. Volumen Primero. Op. Cit. Pág. 220.

y no uno de omisión, vale decir una inacción por el destinatario. De procederse en distinta forma, o sea dándole al silencio categoría de prueba de aceptación, innumerables serían los conflictos que se presentarían con esta base; muchos comerciantes se aprovecharían de esa situación para despachar y ubicar sus mercaderías con simple expedición y emisión de sus ofertas y para cuyo perfeccionamiento, dejarían correr el término de duración de la oferta. A guisa de ejemplo tomamos los catálogos que trimestralmente despacha el "Círculo de Lectores" en Colombia, que en nuestro sentir son verdaderas peticiones escritas, ya que allí se contienen todos los requisitos de la esencia del contrato de compraventa e implicarían ofertas adhesivas, por cuanto en el anuncio de los recomendados, establecen que si no se expresa la preferencia por otra clase de libros, se entiende por el silencio, que el suscriptor desea el recomendado, así sea que éste ni siquiera piensa en pedir libro alguno; igual cosa ocurre con la expedición de los extractos bancarios mensuales, indicadores del movimiento de las cuentas corrientes, en los cuales se expresa que si dentro de los quince días siguientes no se presenta reparo alguno, se entiende aceptación integral.

b. Términos para aceptar.

Hay que entender que si el Código establece la nece-

sidad de contestar las ofertas que se formulen, no es necesario que cuando se rechace, se exprese este hecho, con las salvedades que se anotaron, porque la no contestación o el silencio, no implica aceptación; sin embargo, es conveniente que el destinatario conteste rechazando o negando o aceptando la oferta, cuando quiera que el ofrecimiento es de entidad o calidad. En el primer supuesto, teniendo en cuenta la temporalidad de la aceptación, hay que destacar que la contestación debe darse dentro de los términos de duración de las ofertas, o sea, que si se trata de una oral, entre presentes, la contestación debe darse en el acto mismo de oírse la oferta; cuando se hace por escrito y en la misma sede del destinatario, hay que darla dentro de los seis días siguientes a la fecha en que tuvo lugar la oferta; y si se trata de distintas sedes, hay que tener en cuenta el término de la distancia. Si se trata de promesa pública de premios, es el mes siguiente a la fecha de la propuesta; si se tratara de mercaderías expuestas en estantes o en vitrinas, con indicación del precio, se tiene en cuenta el tiempo que permanezcan en exhibición; si se trata de géneros o de cuerpos ciertos, con precios fijos, hasta el día siguiente al de la oferta. Todo esto no implica que los particulares, oferente y destinatario establezcan una fecha o término distinto, considerando los intereses del oferente, como se prevee en el Artículo 853 del Código de Comercio y la naturaleza de la prestación de que se trate.

- c. Los efectos de la Aceptación. Cuando, a revista de ellos y habiéndose un nuevo término de aceptación, y considerando este aspecto debe distinguirse si la

aceptación se hizo en el tiempo de duración de la oferta, o ella se dio con posterioridad, o sea al vencimiento de la duración legal o convencional establecido. De igual manera, si la aceptación fue pura y simple, congruente con la oferta o la póllicitación, o al contrario, si esta al expresarse fue modificada estableciendo nuevas condiciones y aceptándola en otros términos. En el primer supuesto, teniendo en cuenta la temporaneidad de la aceptación, hay que destacar que al procederse de esta manera, se perfecciona el consentimiento ya que los agentes expresan su voluntad hacia un mismo querer. Una de las personas asume la posición de proponente u oferente al formular una oferta o póllicitación y la otra, declara querer lo mismo que se le ha propuesto, es decir las manifestaciones de sus voluntades no se toman por separado, sino que se presentan unificadas. La consecuencia lógica de la formación del consentimiento da lugar a la formación ya del convenio, ya del contrato, como veremos adelante.

En cuanto al tiempo cuando la aceptación se hace extemporánea, cuando quiera que la aceptación se hace extemporánea, debe considerarse como nueva oferta al tenor del Artículo 855 del Estatuto Mercantil; de consiguiente, quien con anterioridad se presentara en calidad de oferente, asume en la aceptación extemporánea la calidad de destinatario y, a contrario sensu, quien actuaba como destinatario en la primera propuesta, asume en la nueva la calidad de oferente, siendo la consecuencia de esto, que la primera propuesta queda sin efectos, en tanto que la segunda, se reviste de ellos y habrá un nuevo término de aceptación, y consecuen-

cialmente uno nuevo de duración, y simplemente aprobación de la propuesta, al contrario queda perfecta. El tratamiento dado por el Estatuto Mercantil es correcto, en el sentido de que ya no se puede seguir tratando de revivir algo que jurídicamente había muerto. En efecto, la primera propuesta pasó por todas las etapas previstas: el oferente suscribió su propuesta, la expidió y remitió al destinatario, se utilizaron los medios adecuados para hacerla conocer del destinatario; éste tuvo campo para aceptarla o rechazarla según sus intereses, y sin embargo, guardó silencio durante el término de la duración de la oferta, o la rechazó expresamente; vencido este, el destinatario acepta la oferta, que ya no producirá los efectos jurídicos de la primera, porque se ha formulado otra oferta. Proceder en forma contraria, equivale a rechazar los términos de duración de la oferta, cuya consecuencia inmediata es la duración indeterminada, que conllevará graves perjuicios para el oferente.

En cuanto al segundo evento, cuando la aceptación por parte del destinatario lleva nuevas condiciones, apartándose de la propuesta inicial, de conformidad con el Artículo 855 del Estatuto Mercantil, tiene el valor de nueva propuesta u oferta. Así dice el Artículo: "La aceptación condicional o extemporánea, será considerada como nueva propuesta".

Según lo anterior, la aceptación que da el destinatario a la oferta debe ser congruente, o como se expresaba en el Artículo 188 del antiguo y derogado Código de Comercio de 1887 que al respecto decía: "En el ac-

to de expedida la respuesta, pura y simplemente aprobatoria de la propuesta, el contrato queda perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de su envío hubiere ocurrido la retractación, muerte o demencia del proponente". Es decir, que la aceptación debería ser "pura y simple". Por su parte, la norma del Artículo 189 ibidem, decía: "La aceptación condicional será considerada como una nueva propuesta, y sometida como tal a las prescripciones del anterior artículo". De los contextos de las normas en comento, se desprende la exigencia de que la aceptación debería contener un acoplamiento exacto con la oferta, es decir, se repite, que debía ser "pura y simple". El nuevo Estatuto Mercantil no previó este requisito indispensable para la formación y el perfeccionamiento de la oferta y la aceptación que dan lugar a la formación del consentimiento; sin embargo, de la norma del Artículo 155 se desprende que la "aceptación condicional o extemporánea, será considerada como nueva propuesta".

B. EL PERFECTO QUANTUM DE LAS CONVENCIONES Y CONTRATOS

El tratamiento que le ha dado el Estatuto Mercantil a la aceptación condicionada es acertado por cuanto que con ella se da lugar a otra oferta distinta de la anterior, porque obrar de otra manera, sería propiciar el disenso, que según el profesor Ospina Fernández "consiste en el desacuerdo entre las partes, cuyas declaraciones de voluntad en vez de encontrarse y unificarse, se apartan y toman rumbos divergentes", 72/ y cuya principal consecuencia, como se dijo, es la

Inexistencia jurídica del acto.

Cabe preguntarnos, qué clase de condiciones son las que determinan la formación de una nueva propuesta y a este propósito, debemos tener en cuenta que si se atiende al espíritu del Artículo 845 del Código de Comercio, según el cual "la oferta o propuesta..., deberá contener los elementos esenciales del negocio..", es indudable que la oferta podrá complementarse en sus aspectos de naturaleza o accidentales que fueran susceptibles de llenarse, sin que se altere la naturaleza misma del acto. El anterior planteamiento está reafirmado por la sentencia de casación civil de 16 de octubre de 1980, ya transcrita y en la cual se expresa que "los renglones en blanco que en el documento de oferta se advierten, relativos a plazos de entrega, son cosas accidentales cuya ausencia no afecta la validez y eficacia de la propuesta".

B. EL PERFECCIONAMIENTO DE LAS CONVENCIONES Y CONTRATOS.

1. El perfeccionamiento de las convenciones y contratos entre presentes.

Al hablar del perfeccionamiento de los contratos y las convenciones entre presentes, debemos tener en cuenta la norma del Artículo 850 del Código de Comercio, que expresa: "La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse...", es decir que cuando quiera que se de presencia real de los agentes, la

convención se celebra con el simple acuerdo de voluntades de estos, o sea con la aceptación pura y simple del acto por parte del destinatario de la misma. Esto no obsta para que en el curso de la negociación se cambie el destinatario a oferente y a contrario sensu, por razones de las nuevas condiciones que se den. Sin embargo, la última oferta y la correspondiente aceptación, son las que determinan la formación y perfeccionamiento del acto o contrato. Esto se acentúa en los llamados contratos de libre discusión y que el profesor Ricardo Uribe Holguín los enmarca en el siguiente concepto: "En los contratos de libre discusión, la multiplicidad de ofertas mutuas entre los interesados en el negocio es frecuente, y el acuerdo no se logra sino cuando la última propuesta es finalmente aceptada sin modificación". 73/

El Artículo 184 del Código de Comercio de 1887 establecía que: "La propuesta verbal de un negocio debe ser aceptada en el acto de oírse, por la persona a quien se dirija. En defecto de aceptación inmediata, la propuesta no impone al proponente ninguna especie de obligación". Como se ve del contenido de esta norma, se entiende, porque así lo expresó, que si no procede la aceptación del destinatario, la oferta no se perfecciona, solución que consideramos conveniente, porque de esa manera se descarta la forma de aceptación tácita por silencio y que también está prevista en el nuevo Código de Comercio, pero no en una forma expresa, sino que ella debe ser objeto de interpretación, pues cuando expresa que "La aceptación tácita, manifestada por un

73/ URIBE Holguín, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en general. Pág. 254. Op. Cit.

hecho inequívoco...". está refiriéndose, como ya quedó dicho, a una acción y no a una inacción por parte del destinatario. Sería caso típico de acción concreta positiva, inequívoca de aceptación tácita, la aprehensión de artículos que están exhibiéndose y ofreciéndose en los supermercados o establecimientos comerciales similares. del Código de Comercio que establece: "La promesa de celebrar un En cuanto a las ofertas que se hacen por teléfono, según el Artículo 850 "... se asimilará para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes"; es de anotar, como ya lo expresamos anteriormente, que dentro de esta clase de ofertas que se asimilan a las que se hacen entre presentes, también se ubican dentro de ellas las que se hacen por radio y demás medios a través de los cuales se verifica la simultaneidad de la propuesta y el conocimiento inmediato del destinatario a quien se coloca en situación de aceptar o rechazar la oferta en el mismo momento, ya de la emergencia y en la entrega de la misma en el momento que lo hubiesen convenido.

Cuando se logra que los agentes, oferente y destinatario, lleguen al consentimiento a través de la aceptación, es indudable que allí se origina o puede originarse y nacer a la vida jurídica una convención, un precontrato, una promesa de contrato o el mismo contrato. En efecto, hay lugar a la formación de una convención, cuando quiera que la oferta y la aceptación se encaminan a crear, modificar o extinguir una obligación, tal ocurre cuando se envía un bien o valor para extinguir una obligación que estaba vigente. doctrina conoce como precontrato a esta clase de convenciones, con la circunstancia de que la Jurisprudencia Habrá celebración de un precontrato, cuando partiendo de la oferta y la aceptación, se desprende en los agentes

la intención de celebrar un contrato, que aún cuando no se ha perfeccionado, como ocurre al solicitar que se separe una mercancía hasta por el término de diez días, evento en el cual no se da el dinero, ni se entrega el artículo pero se espera que corra el tiempo para perfeccionarlo. Este supuesto se deduce del Artículo 861 del Código de Comercio que establece: "La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer...". No se trata de una promesa de contrato, porque esta en virtud del Artículo 89 de la Ley 153 de 1887, debe llenar ciertas formalidades como la de la escritura. De acuerdo con el Artículo 861 el precontrato genera obligaciones de hacer y en el ejemplo propuesto de ir a retirar la mercancía previo pago del precio por parte del oferente, que en caso de no hacerlo, se aplica el Artículo 1610 del Código Civil, obligando al deudor a ejecutar el hecho o la prestación convenida. Por parte del destinatario, la obligación recaerá en la reserva de la mercancía y en la entrega de la misma en el momento que lo hubiesen convenido.

Si uno de los agentes incumple lo convenido, también hay la posibilidad, de acuerdo con la norma citada, demandar los perjuicios, ya que por una parte, si se reserva el artículo, puede perderse la oportunidad de venta; en tanto que, quien reserva el bien con la confianza de que se lo espere, puede ejecutar actos encaminados al cumplimiento de lo convenido.

La doctrina conoce como precontrato a esta clase de convenciones, con la circunstancia de que la Jurisprudencia la estima como promesa de contrato y refiriéndolo a la promesa mercantil, esta no exige solemnidades, como lo

expresa en sentencia de casación de trece de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, cuya parte pertinente, expresa: "Es bien sabido que la promesa de celebrar un contrato civil es un acto solemne ad substantiam actus, puesto que su existencia depende del otorgamiento del documento, exigido por el Artículo 89 de la Ley 153 de 1887". Y más adelante, agrega: "De lo dicho se concluye que la promesa de contrato, comercial o civil, se encuentra regida por unos mismos principios ontológicos, salvo, como se desprende de los textos legales que en uno u otro campo a ella es aplicable, que la promesa comercial de contrato por regla general es consensual, mientras que la civil exige el escrito como condición ad substantiam actus, vale decir, como requisito de su propia existencia. De donde se deduce que las dos legislaciones, la comercial y la civil, siendo armónicas entre sí, como deben serlo, demandan unos mismos requisitos de validez, excepción hecha del escrito, tal como quedó advertido". 74/

Igualmente, la doctrina conoce como promesa de contrato al solemne, que de conformidad con la Ley 153 de 1887, debe reunir estos requisitos: que conste por escrito; que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que la Ley declara ineficaces; que la promesa fije un plazo o condición; que fije la fecha en que ha de celebrarse; que se determine de tal forma el contrato que para su perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, y según sentencia de casación de 6 de octu-

En este campo hay que definir el momento en que ellas quedan perfeccionadas, cuestión que reviste gran importancia por los efectos jurídicos que de ellas se desprenden; sin embargo, la determinación del momento del perfeccionamiento no es una cuestión fácil de establecerla como cuando los agentes omiten el lugar y el momento del cumplimiento, y en cuanto al momento mismo de la formación, hay que reparar que la legislación ha incurrido en ciertas confusiones que trataremos de precisar oportunamente. La doctrina enuncia varias teorías, en orden a determinar ese momento.

a. Teorías para determinar el momento del perfeccionamiento.- de obligarse, sino simplemente el deseo de estar

Sobre este particular hallamos dos grandes corrientes encaminadas a determinar el momento según que la aceptación sea conocida por el oferente, denominada "cognición", o que no se necesite del conocimiento de la misma por parte de éste, o sea la llamada "agnición". Como consecuencia de este planteamiento se elaboran cuatro teorías participantes de una u otra según el más caso: exigente, pues no solamente tiene en cuenta para

1. Teoría de la Declaración o aprobación. por parte del destinatario, la que se deduce de la realización. Esta teoría que es de origen francés se fundamenta en que una vez comunicada la oferta por parte del oferente y que se conozca por el destinatario, se perfecciona con la simple contestación sin necesidad de aceptarla expresamente, porque basta cualquier acto de ejecución en el negocio

que sea propuesto, con la advertencia de que por ser muy general, puede conllevar errores en la determinación de ese momento y que a la postre puede ocasionar serios conflictos jurídicos. En efecto, cuando en el término de la duración de la oferta se realizan actos que parecieran estar destinados a celebrar el convenio, pero que en realidad ellos se encaminan simplemente a aceptarla o acogerse a cualquier otra oferta, se podría pensar que el convenio ha quedado desde ya perfeccionado, o el ejemplo que nos trae el profesor Ospina, del fabricante "que le dicta a su secretaria una carta de aceptación, puede no abrigar aún el ánimo de obligarse, sino simplemente el deseo de estar preparado por si su decisión final es afirmativa" 76/, también podría ser considerada tal actuación como aceptación tácita.

2. Teoría de la expedición.

3. Teoría de la recepción.

Esta teoría relacionándola con la anterior, es más exigente, pues no solamente tiene en cuenta para la determinación del momento de la formación del convenio o del contrato la aceptación por parte del destinatario, la que se deduce de la realización de este ejecutando cualquier acto inequívoco destinado a ese fin, sino que requiere, además, que se envíe una respuesta de la aceptación.

76/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 173.

Este sistema es mucho más práctico que el anterior, porque si es cierto que la perfección se da por el acuerdo, se requiere de un hecho que determina una mayor eficacia, como es la respuesta. Sin embargo, es deficiente en el sentido de que también pueden presentarse conflictos de entidad, como cuando el destinatario sustrae nuevamente la carta o el mensaje contentivo de la aceptación cuando ya había sido portada en el correo; el sistema solo exige que se de contestación, aún cuando no hubiera llegado al poder del oferente, pues como se sabe, la correspondencia pertenece al remitente y por lo mismo puede retirarla cuando quiera. Con el solo hecho de contestar la oferta con una aceptación y enviarla al oferente se perfecciona el convenio, que conlleva inconveniencias prácticas, porque esa carta-aceptación, nunca pudo llegar.

3. Teoría de la recepción. — puede suponerse: si la voluntad del aceptante no es conocida del que hace

Este sistema de la recepción tiene un mayor alcance práctico que los anteriores, ya que no solo requiere la realización del acto inequívoco de aceptación del destinatario mediante la comunicación, ni se satisface con que ella sea remitida al oferente, sino que exige que esta llegue al oferente, a pesar de que no hubiere conocido el contenido. Este sistema no obstante entraña un elemento práctico, la llegada de la carta-respuesta al domicilio del oferente y también comporta una dificultad

y una situación inequitativa, porque se presume la aceptación aún cuando el proponente no la hubiere conocido, como cuando la recibe un empleado subordinado y la extravía.

4. Sistema de la información.

Este sistema entraña una mayor conformidad con los principios de equidad, porque según esta teoría cuando una persona declara a otra querer alguna cosa, la relación jurídica no existe sino hasta el momento de que tiene conocimiento de que su voluntad ha sido consentida.

Los sostenedores de esta teoría dicen que la aceptación es un propósito retenido en la mente -propositum in mente retentum-, hasta que el autor de la oferta tenga conocimiento de ella. No puede haber relación jurídica sin el concurso de dos voluntades y este concurso no puede suponerse si la voluntad del aceptante no es conocida del que hace la oferta.

Esta teoría a tiempo que propende por los intereses del oferente evitando que se perfeccione el convenio cuando este desconoce la aceptación so pretexto de que no puede ser obligado, por razón de su incertidumbre con respecto a la convención que el contribuye a formar, también descuida los intereses del destinatario, porque él también tuvo la intención y obró con buena fe al contestar;

por tal razón, tampoco se lo puede obligar con algo, toda vez que desconocería la fecha en que llega la aceptación y el momento en que el oferente se informa de ella. El aceptante, en este caso, "queda ligado a una convención cuya existencia ignora". 77/

Este sistema es acogido entre otros tratadistas de renombre por el profesor César Vivante en su obra Instituciones de Derecho Comercial en la que expresa: "El lugar y el momento que el contrato se perfecciona, es comunmente aquel en el cual el proponente recibe noticias de la aceptación y esta regla vale, tanto para los contratos que se celebran entre presentes y verbalmente, como para los que se celebran entre personas lejanas, por ejemplo por carta o por telegrama". 78/

Las cuatro teorías que acabamos de enunciar, pueden considerarse como cardinales, porque algunos autores han elaborado teorías eclécticas o mixtas que consisten en aplicar a cada caso en particular, en vista de sus condiciones propias, la solución más conveniente: esta doctrina no da una regla fija y su base es desde luego, poco sólida, porque se presta para fomentar el casuismo.

77/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA, Acosta Eduardo. Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 174.
78/ VIVANTE César. Instituciones de D. Comercial. Op. Cit. Pág. 226.

Si no fuera poco lo dicho, se conoce el sistema creado por Windscheid, al que se refiere el tratadista Ospina y conforme al cual "el aceptante debe quedar obligado desde el momento de la aceptación y el proponente desde el momento de la información, sistema absurdo que conduce a la negación de los conceptos de convención y de contrato, que llega a suponer que una persona puede adquirir obligaciones o derechos contractuales antes de la formación del respectivo contrato" 79/. Sobrada razón le asiste al tratadista Ospina para calificar a este sistema como "injurídico".

Expuestos los sistemas que se conocen, las diferentes legislaciones han incorporado los principios de uno o de otro, teniendo en cuenta las conveniencias que se desprendan del escogido. Como se observa, por razones de las distancias, de las ausencias, es difícil establecer un sistema que ofrezca mayores conveniencias prácticas para establecer el momento en que queda perfeccionado el contrato o la convención. A pesar del desarrollo de los medios de comunicación, se tropieza con hechos imprevisibles que no hacen posible, en todas las circunstancias, la idoneidad y la eficacia del mensaje. De ahí la necesidad de conservar la institución del término de la distancia, en la forma como lo ideara A. Von Thur, como "el plazo

79/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 174.

durante el cual el oferente tenga derecho a esperar la contestación supuesto un desarrollo normal de las circunstancias", como ya lo expresamos anteriormente. Creemos nosotros que a pesar de los distintos inconvenientes que encarnan uno u otro sistema, las legislaciones deben acoger uno de ellos, porque de alguna manera se debe fijar o establecer el momento de la perfección.

Para terminar, creemos también que no se puede establecer dentro del mismo régimen jurídico dos o más de los sistemas conocidos tratando de amalgamar o fusionar criterios distintos, porque ello equivaldría a sembrar el desconcierto y la imprecisión absoluta para la determinación del momento, que aun cuando en todos los sistemas hay inconvenientes, en unos más que en otros. Esta crítica se confirma al revisar el sistema que rige en nuestra patria.

b. El sistema del perfeccionamiento en Colombia.

Para estudiar el sistema consagrado en Colombia en relación con el perfeccionamiento de los contratos y convenciones que se celebran entre ausentes o por correspondencia, comenzamos por la norma del Artículo 864 del Estatuto Mercantil, que literalmente expresa: "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 propo-

nente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta". En el inciso segundo se lee: "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". El destinatario prueba que ha recibido su aceptación en los términos fijados por los Artículos

En el primer inciso de la norma, el legislador consagra uno de los sistemas: el de la recepción, porque ha establecido que el contrato se entiende celebrado en el momento en que el proponente u oferente hubiese recibido la aceptación proveniente del destinatario. En efecto, como vimos anteriormente, el sistema de la recepción se caracteriza porque establece el momento del perfeccionamiento cuando se agotan las etapas de aceptación, que debe cumplir con el requisito del porte o envío; y finalmente que esta llegue al domicilio del oferente, aun cuando no es necesario que éste se entere de su contenido. El Código no exige que el proponente se hubiese enterado del contenido de la aceptación, por tanto, si es necesario que llegue a su domicilio, el contrato o la convención se perfecciona aun cuando la aceptación se hubiera recibido por un empleado quien la extraviara, ya se provee el sistema de la información, desde luego que es necesario que

El inciso segundo participa del sistema de la expedición, que es totalmente diferente en el tratamiento que da al momento del perfeccionamiento; en efecto, este sistema se condiciona porque una vez conocida la oferta por el destinatario, éste, en caso de aceptarla en el término de la duración de la misma, debe realizar hechos inequívocos de adherirse a la propues-

ta, circunstancia que no se agota en ese supuesto, sino que debe enviarla sin considerar que esta llegue al oferente. Decimos que este inciso participa del sistema de la expedición, porque expresamente establece que se presume haberse recibido la aceptación por el oferente, cuando el destinatario pruebe que ha remitido su aceptación en los términos fijados por los Artículos 850 y 851 ibidem. Este inciso segundo no tiene en cuenta en forma alguna el hecho del conocimiento por parte del oferente, sino que lo presume.

El legislador participa también del sistema de la información combinándolo con el de la declaración, pues en la norma del Artículo 854 se establece: "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". Participa del sistema de la declaración, puesto que únicamente para el perfeccionamiento exige que el destinatario conozca la oferta y realice hechos inequívocos de aceptación, sin necesidad de que sea expresa. De otra parte, en la misma norma se prevee el sistema de la información, desde luego que es necesario que el oferente se entere de la aceptación dada por el destinatario al realizar esos hechos que en forma inequívoca lo demuestren.

De lo anterior podemos afirmar que en Colombia no hay criterio unificado para determinar el momento en que queda perfeccionado un contrato o una convención que

se celebren por correspondencia, pues según se ha visto juegan todos los sistemas, situación que genera la posibilidad de que en la práctica y con ocasión de los innumerables conflictos que se presentan en los actos jurídicos, el juzgador se ve abocado en grandes dificultades para precisar ese momento y reconocerle los efectos jurídicos que de ellos dimanen.

Si tenemos en cuenta las normas de aplicación de la Ley que se consignan en el Artículo 10 del Código Civil, derogado por la Ley 57 de 1887 y sustituido por el Artículo quinto (80), que dice: "Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; 2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el Artículo posterior...". Por tanto, si se le da aplicación a la precitada norma, en Colombia, en materia de perfeccionamiento de contratos y convenciones que operan por correspondencia, regirá el sistema de la expedición, esto es, el que se caracteriza con la expedición simple y envío de la respuesta y sin necesidad de que ella vaya a su destino y sea conocida finalmente por el oferente.

Esta norma tendría plena aplicación, porque en primer

80/ ORTEGA Torres, Jorge. Código Civil Anotado y Concordado. Op. cit. Pág. 24.

lugar, todas las reglas de las cuales nos hemos ocupado son de la misma especie, ya que a través de ellas se pretende establecer el sistema que impera en materia de perfeccionamiento de contratos que se dan entre ausentes; y, en segundo lugar, estas se hallan consagradas en un mismo código o estatuto en el cual el último sistema adoptado es el de la expedición de la respuesta-aceptación, lo cual no es óbice para que cuando

el suscriptor no se halla en el lugar de la cabecera. No obstante, a nuestra manera de ver, no creemos conveniente la aplicación del sistema de la expedición, porque el oferente en varias ocasiones desconocería tal aceptación, ya que es presupuesto único que la respuesta hubiera sido expedida. Si miramos el alcance de la equidad, debemos acoger el sistema de la recepción que cubre o ampara mayores posibilidades del conocimiento, que aun cuando no se necesita que el oferente se entere o se informe, se encuentra en camino de lograr sus objetivos. Lo ideal sería la información, pero debemos acoger en algo la imperfección de los sistemas de comunicación, y de ahí, reiteramos nuevamente la importancia y la necesidad de mantener la que llamamos institución del término de la distancia que se relaciona con las distintas circunstancias que se presentan en las comunicaciones.

po del perfeccionamiento de los contratos y convenio. Para reafirmar estos puntos de vista recurrimos a la analogía que se contiene en la norma del Artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, referente a la presentación de la demanda en general, y que dice: "Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halla en lugar

817 02415 Ech
rta

distinto, podrá remitirla previa autenticación ante Juez o Notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino".

La norma que acabamos de transcribir indica que las demandas deben presentarse directamente por quienes las suscriben, lo cual no es óbice para que cuando el suscriptor no se halle en el lugar de la cabecera del juzgado al cual se dirige, que no lo puede hacer, porque cumplirá con este requisito, si el escrito lo hace autenticar ante el Juez o Notario del lugar y lo envía posteriormente a su destino; sin embargo, se advierte que para los efectos procesales la demanda que se halle en el segundo caso, cuando el suscriptor no reside en el lugar del destino de la demanda, el término de presentación comienza a correr a partir de la fecha de llegada al lugar de su destino, con los consecuenciales efectos, como el de suspender la prescripción en favor del demandado o de darle al derecho sustancial carácter litigioso, etc. 81/

Haciendo una aplicación analógica de las normas procesales que regulan la presentación de la demanda al campo del perfeccionamiento de los contratos y convenciones que se realizan por correspondencia, pueden resolverse los conflictos que se presentan en relación con la determinación del momento en que ellos producen los efectos jurídicos previstos o acordados, aplicando el

81/ DEVIS Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. O. Cit. Pág. 444.

sistema de la recepción acogido al presentar la demanda, como se prevee en el Artículo 84 del Estatuto Procesal Civil, y así, se podrá establecer en forma concreta y parentoria cuando hay incumplimiento de parte de uno de los agentes y en perjuicio del otro y demás consecuencias que nazcan de esa situación.

Como complemento de lo ya expresado, se puede ejemplificar el momento de perfeccionamiento de un contrato celebrado por correspondencia, de acuerdo al análisis que precede. En una compraventa según el Código, sería al momento en que se pongan de acuerdo los agentes en cuanto al precio y la cosa de conformidad con el Artículo 1849 del Código Civil y 905 del Estatuto Mercantil y se lo entiende, cuando el destinatario dentro del término de los seis días siguientes a partir de la fecha de la oferta, más el término de la distancia en sede distinta, demuestra haber enviado la aceptación.

Según nuestro criterio, este se perfeccionará cuando se de el acuerdo sobre el precio y la cosa entre los agentes ausentes, para lo cual se tendrá en cuenta la fecha en la que se reciben en la sede del oferente y la respectiva aceptación por parte del destinatario.

Por correspondencia se pueden celebrar entonces convenciones, contratos, precontratos, cuando quiera que el contrato se lo celebre posteriormente, o promesas de contrato, que como lo vimos debe reunir los requisitos legales -constar por escrito, señalar un plazo, etc.- y que en líneas generales es un contrato.

C. EL LUGAR DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.

De conformidad con el Artículo 864, ya citado, cuando en el respectivo consentimiento que se ha dado por la unificación de la oferta y la aceptación no hubiesen establecido los agentes, el lugar del perfeccionamiento del contrato, se entenderá que es el de "la residencia del proponente", es decir, el del lugar de aquel que tuvo la iniciativa para contratar. A este respecto, como lo vimos anteriormente, cuando quiera que la aceptación expresa otras condiciones, se sobre-entiende que el oferente ha hecho una nueva oferta, e igual acontece cuando la aceptación se dio en un término ya vencido al de la duración de la oferta, tanto legal como convencional. En este caso, y aplicando la norma precitada, será pues el del lugar de residencia del proponente que por disposición de la Ley, adquiere la calidad de oferente o proponente.

No se reviste de dificultad el establecimiento del lugar de la perfección del contrato, cuando quiera que la oferta y la aceptación se hubiesen dado entre presentes, o por escrito, cuando se reside en el mismo sitio, pues se entenderá que se celebró en el lugar común para los agentes, con la salvedad de que por razones e intereses, hubiesen convenido en otro distinto.

El Artículo 191 del Código de Comercio de 1887, estableció: "Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva, o la propuesta modificada".

La norma anterior le daba un tratamiento distinto, porque se establecía el lugar de la formación en el de la residencia del

aceptante o destinatario, cuando quiera que se hubiese adherido a la propuesta inicial, o a la del aceptante de la propuesta modificada.

Por último, el sistema del perfeccionamiento del contrato tomando en cuenta la residencia del oferente, tanto en los contratos entre presentes, como en ausentes, la prohija al profesor César Vivante, de quien se hizo mención anteriormente,

Por último, resta considerar los casos de los contratos celebrados cuando proponente y destinatario residen en países distintos y que pueden dar pie para conflictos de leyes de distintas nacionalidades.

El Derecho positivo de cada país debe amoldarse a las necesidades peculiares de sus habitantes, tomando en cuenta la raza, clima, tradiciones nacionales, costumbres, grado de civilización, etc. La Legislación es el reflejo de aquel conjunto de circunstancias. Esto explica la diversidad en las legislaciones, porque como lo anotan los autores, esa diversidad es un hecho natural y porque el Derecho se modifica por la necesidad de adaptarlo a las circunstancias. La uniformidad de legislación entre los pueblos civilizados es una utopía irrealizable. Siempre se hallarán diferencias en el Derecho positivo de los diversos estados en lo que concierne a la capacidad de las personas, a la constitución de la familia, al disfrute de los bienes y su transmisión por causa de muerte, a la misma organización económica y política del Estado. En todas estas relaciones jurídicas se manifiesta la fisonomía característica de cada nación, en lo que concierne a los contratos de Derecho Civil y de Derecho Comercial, se puede admitir que hay, en lo esencial, una legislación uniforme.

Todo individuo puede considerarse desde tres puntos de vista: primero en relación con su persona y su familia; segundo en relación con los bienes muebles e inmuebles que posea, y tercero, en los actos y contratos que celebre o ejecute. Puede acontecer y acontece en la vida práctica que una persona se encuentre fuera de su patria, que tenga bienes en territorio de otro estado y que celebre actos y convenciones en otro país o con nacionales de una soberanía extranjera. En tales casos se duda cuál es la Ley aplicable en estas distintas relaciones jurídicas; si la Ley nacional del interesado, o la del lugar en donde posea los bienes, o finalmente, la Ley del país donde se hayan celebrado los actos o contratos. En cuestiones de Derecho Internacional Privado, pretendo solucionar toda clase de. Como en principio cada nación hace imperativas sus leyes para todas las personas, para el régimen de todos los bienes que se encuentren en su territorio y para la celebración y apreciación de todos los contratos que allí se celebren, de esta pugna entre las distintas soberanías surgen conflictos legislativos para los cuales es preciso hallar una solución satisfactoria que arranca o tiene su basamento en las normas del Derecho Internacional Privado, que se ha definido como el conjunto de principios que tienen por objeto resolver adecuadamente los conflictos que surjan entre dos o más soberanías, con motivo de sus leyes privadas o de los intereses particulares de sus nacionales. Cho de que en la ejecución del contrato este se va a cumplir o se está. Cuando proponente y destinatario residen en países distintos, es bueno tener en cuenta que de conformidad con el Artículo 869 del Estatuto Mercantil, "La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la Ley colombiana", situación que debe extenderse para los contratos civiles por virtud de los principios reguladores de la analogía.

En esta clase de contratos y donde se pueden presentar conflictos de las Leyes, es necesario considerar que una cosa son los efectos del contrato y otra muy distinta lo relativo a su ejecución. En cuanto a los efectos, debe advertirse que estos se regirán de acuerdo con la Ley del país donde deban cumplirse, regla adoptada por Colombia, puesto que es partidaria de la aplicación de la Ley local; en consecuencia, el incumplimiento del contrato, la lesión enorme, el riesgo de la cosa dañada o perdida, se rigen por la Ley del lugar donde se dan los efectos originados en la voluntad de las partes.

La teoría de la aplicación de la Ley local en cuestiones de Derecho Internacional Privado, pretende solucionar toda clase de conflictos con base en la Ley aplicable en el territorio y sin distinción de que comparezcan nacionales o extranjeros, teoría consagrada entre nosotros en el Artículo 18 del Código Civil que prevee que "La Ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia", lo mismo que el Artículo 57 del Código de Régimen Político y Municipal que establece que las Leyes obligan a los habitantes del país, al igual que a los extranjeros o transeúntes.

En lo atinente a la Ley aplicable en la ejecución de los contratos, que se diferencia de la anterior solamente por el hecho de que en la ejecución del contrato este se va a cumplir o se está cumpliendo, tiene un efecto positivo: su ejecución, en el sentido de que se han desarrollado las voluntades contractuales de las partes, por tanto, la Ley aplicable es la del lugar donde se cumple, en nuestro caso, la colombiana por virtud de la teoría de la territorialidad, reafirmada por la norma del Artículo 689 del Código de Comercio.

y de la existencia. Por tanto, deben observarse las normas que gobiernan la manifestación de la voluntad, la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa lícita y las formalidades y solemnidades previstas para la existencia de ciertos actos, como ya se ha visto. **CAPITULO VI** - Ahora es destacar que la inobservancia hace que el acto sea ineficaz.

EFICACIA Y OPORTUNIDAD DE LOS CONTRATOS

LA INEFICACIA

Concluido el análisis de los elementos que integran los actos y los contratos; después de haber visto la importancia de la formación de los mismos en sus distintas etapas y del perfeccionamiento, para ajustarlos al objeto de nuestro estudio, los contratos por correspondencia, es importante estudiar el alcance de los contratos que han cumplido con todos y cada uno de los requisitos de la esencia y de la existencia y con las prescripciones señaladas para su perfeccionamiento, todo enmarcándolo dentro de la vigencia de los principios rectores de la buena fe contractual y de la equidad. Los alcances a que nos referimos, están destinados a comprender la verdadera fuerza que tienen en el comercio jurídico, ya entre los agentes, ya con los terceros. Por esto nos preocupamos en el presente Capítulo de fijar la fuerza que nace de los contratos por correspondencia que se ciñen a las exigencias impuestas por la Ley, por el orden público y las buenas costumbres.

A. LA EFICACIA.

La eficacia de un contrato o de una convención para que produzca los efectos deseados o queridos por los agentes o señalados por la Ley, depende fundamentalmente de que en su formación se hubieren observado a cabalidad con los requisitos de la esencia

y de la existencia. Por tanto, deben observarse las normas que gobiernan la manifestación de la voluntad, la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa lícita y las formalidades y solemnidades previstas para la existencia de ciertos actos, como ya se ha visto. Lo importante ahora es destacar que la inobservancia hace que el acto sea ineficaz.

LA INEFICACIA.

La ineficacia del acto jurídico comporta la imposibilidad para producir los efectos que normalmente está llamado a producir. El Estatuto Mercantil dice que "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno Derecho, sin necesidad de declaración judicial".

La ineficacia tiene que ver con temas como la inexistencia, la nulidad, etc., de las cuales someramente nos ocupamos relacionándolas con los contratos por correspondencia.

La ineficacia del acto o contrato proviene de dos causas fundamentales: por razones de voluntad de los agentes, como cuando suspenden o aplazan los efectos, o por razones legales, cuando los agentes no se allanan a cumplir con las exigencias normativas, como ya se dijo; dentro de las sanciones a la ineficacia legal encontramos la inexistencia, la nulidad, absoluta o relativa.

1. Acto Jurídico Inexistente.-

Según el profesor Valencia Zea, acto jurídico inexistente "es aquel al que le falta una condición esencial y, por

lo tanto, no produce efectos jurídicos" 82/. En lo referente a los requisitos de la esencia y de existencia de los actos jurídicos, vimos que los segundos son aquellos que van a dar origen a determinado acto a jurídico, o sea, que si ellos no se cumplen, el acto no nace en Derecho. Los requisitos son: la manifestación de la voluntad, el consentimiento, el objeto, las solemnidades y los elementos de la esencia del respectivo acto o contrato, como así se desprende de la norma del Artículo 1501 del Código Civil; sin embargo, hay que advertir que mientras los primeros requisitos de la existencia en caso de fallar, producen la inexistencia del acto, el último puede conllevar la inexistencia del acto o convertirlo en otro distinto como se deduce de la norma en comento. En efecto, en ella se lee: "... Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente...". Esto se puede ver claramente cuando se estipula una compraventa, pero no se ha señalado el precio, requisito de esencia, de donde se infiere que el acto fue de donación, en el cual según el profesor Ospina, no se aniquila "totalmente su eficacia, si es viable su conversión en otro acto jurídico diferente". 83/

82/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 553.

83/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General del Acto o Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 439.

cuando hicimos referencia a los contratos por correspondencia, en los cuales el silencio del destinatario no debe ser entendido como manifestación de su voluntad de aceptar la oferta, como cuando valiéndose de medios publicitarios el oferente ha querido dar conocimiento público de sus servicios y de sus bienes, más no ha querido obligarse. Esto, porque como lo dijimos, la propaganda sigue conservando su carácter de tal mientras en ella no se haga oferta concreta, pues si se procede así, es nuestro criterio, se formula una polícitación cuando es al público en general. Valga la oportunidad de traer al caso la noción que da el "Estatuto del Consumidor" -Decreto 3466 de 1982-, en el que en el literal d, del Artículo primero, define la propaganda comercial, la norma expresa: "Para los efectos del presente Decreto entiéndese por : ... d) Propaganda comercial: Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas, y, en general, todo sistema de publicidad". Como se deduce de la norma, los eventos que se den de esta manera, con indicación de los productos, sus distintas calidades, características y usos conservan la categoría de propaganda, pero cuando se de en ellos precio del artículo y demás elementos de la esencia de un contrato, se hace una verdadera oferta o polícitación, puesto que por una parte se cumple con los requisitos de esencia del contrato al especificarlos, como compraventa, como arrendamiento, como prestación de servicios, y se indican las modalidades de artículo y precio, no cabe duda de que el oferente o proponente mani-

fiesta su voluntad de obligarse para con quien acepta la propuesta, consecuencia que se desprende del contenido del Artículo 248 del Código de Comercio que dice: "Las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores, y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público...".

La responsabilidad del comerciantes, del proveedor o expendedor surge de la norma del Decreto en mención, que en su Artículo 31 expresa: "Todo productor es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes o servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor...".

Será igualmente inexistente el acto jurídico en que no haya consentimiento; en los contratos por correspondencia cuando opera el disenso, en cuyo evento en lugar de que las manifestaciones de las voluntades de los agentes lleguen a un acuerdo y unificación, "se apartan y toman rumbos divergentes".

Hay lugar a la inexistencia del acto, cuando este deba sujetarse a formalidades, como escritura pública en la compraventa de inmuebles o el escrito de promesas de venta civiles y no lo hicieron los agentes.

En lo atinente a los efectos de la inexistencia hay que tener en cuenta que las sanciones que se les imponen a los actos que incurren en ellos, cuando quiera que la

causal se presenta en forma ostensible, ella opera de Derecho, automáticamente y sin necesidad de acudir a decisiones judiciales; en caso de darse situaciones de hecho, al juez le corresponde decretar la inexistencia del acto y consecuentemente decidir que las cosas vuelvan a su estado anterior y "estableciendo el equilibrio en los respectivos patrimonios" 84/, restablecimiento que se puede dar obligando a las partes a que lleven a cabo nuevo contrato y en acatamiento al orden legal, y de no ser susceptible, ordenar simplemente el restablecimiento.

Finalmente, es de advertir que el juez no puede decretar la nulidad del acto, porque este no existió, ni a invalidarlo, ni a destruirlo porque él no tuvo vida jurídica.

Distinta cosa sucede cuando se presenta el acto jurídico putativo, que según el profesor Ospina "es aquel que la Ley reputa o presume perfecto y eficaz, por cuanto aparenta reunir todas las condiciones legales para su existencia y validez, aunque realmente carezca de alguna o algunas de ellas". 85/

Cuando estudiamos la simulación vimos que cuando se da en forma absoluta, o sea cuando la contraestipulación "destruye" totalmente los efectos del acto que se revistió de publicidad, o en que se aparenta un acto que los agentes no

84/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 355.

85/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General del Acto o Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 434.

lo desearon, como cuando se dice vender, sin que esto realmente no se ha querido, y cuando se dice comprar sin haber querido hacerlo y en que los agentes están de acuerdo, acto que en la publicidad aparece claramente celebrado, reuniendo los requisitos de la existencia, pero que en realidad los agentes no quisieron celebrarlo. En este supuesto, si el acto es inexistente, así debe declararlo el juez, porque si surgen conflictos entre los agentes, a estos no se les permite hacerse justicia por su propia mano, ni los terceros están en posibilidad de desconocerlos, sino que ellos deben acudir a la decisión judicial de inexistencia del acto y de los efectos consecuenciales.

En relación con el saneamiento de la inexistencia del acto jurídico débese tener en cuenta que estos no pueden ser convalidados y revestidos de los efectos jurídicos que hubieren deseado los agentes. Esto quiere decir que no son ratificables porque en Derecho jamás existieron, y así no puede dárseles vida pretérita por la simple manifestación de la voluntad de los agentes, a un acto que jamás tuvo vida. Es susceptible de ser saneado por la ratificación algo que tuvo existencia previamente, en forma precaria o inválida, más no lo es uno inexistente. A este respecto hay que ver el tratamiento que el Estatuto Mercantil le da a la inexistencia. El Artículo 898 prevee: "La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación sin perjuicio de terceros de buena fe exente de culpa". En esta forma se confunden dos instituciones totalmente distintas, la convalidación con la renovación. La convalidación se da para los actos que sí existen, aun cuando en forma inválida, incompleta y precaria. La inexis

tencia no es susceptible de convalidarse, como quedó expresado, y finalmente, lo que pretende establecer el Estatuto es lo que la doctrina ha llamado "renovación del acto", o sea "hacer de nuevo algo que no tiene ninguna existencia previa". 86/

2. Acto Jurídico Nulo.-

La nulidad como institución jurídica que vicia la eficacia de los actos jurídicos que no se hubiesen ceñido a las exigencias legales previstas para el efecto, se prevee sustancialmente en el Código Civil en el Artículo 1740 que reza: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa", así el legislador protege los intereses de los agentes en particular y de los terceros en general, ya que si un acto se encuentra en pugna con el orden legal, con las buenas costumbres y con el orden público, este no conservará su eficacia y por lo mismo, no puede ser considerado, como Ley para las partes.

La nulidad del acto no recae con base en la inexistencia del acto, sino en la ausencia de uno de los requisitos de validez, porque, como lo vimos en el apartado anterior, la inexistencia del acto se predica cuando este no nació a la

86/ GAVIRIA Gutiérrez, Enrique. Derecho Comercial. Op. Cit. Pág. 35.

87/ ORTEGA...

vida jurídica; la nulidad cuando este nación, pero que si puede destruirse posteriormente con base en una de las causas de su invalidez. normas citadas surgen las causas de nulidad absoluta en los actos jurídicos o contratos.

La norma del Artículo 1741 del Estatuto Civil dice que: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas".

ecotar lo referente a la "nulidad producida por la omi-
"Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces". Finalmente, la norma en su inciso final estatuye: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

la existencia vicios que causal para que e-
lla se da, es la inobservancia de solemnidades prescri-
De esta norma y de la del Artículo 1740 se establece que en Colombia existen en materia civil, dos clases de nulidades: la absoluta y la relativa.

La incógnita se so-
luciona cuando dicha solemnidad no se ha cumplido, como la falta de escritura pública en la compra de bienes

a. La Nulidad Absoluta. la cual hay inexistencia del acto; por el contrario, si esta solemnidad se cumple pero se

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "están atacados de nulidad absoluta aquellos negocios que lesionan los intereses del orden público..." -Casación de 28 de Agosto de 1945-. 87/

1. Causales de Nulidad Absoluta.

Del texto de las normas citadas surgen las causales de nulidad absoluta en los actos jurídicos o contratos. En efecto, hay nulidad cuando recae sobre objeto ilícito; cuando la causa sea ilícita; cuando se han omitido formalidades o ritualidades que para cada caso exige la Ley, y, por Incapacidad absoluta.

Sobre este particular en capítulos anteriores se estudiaron las causales, correspondiéndonos en este aparte acotar lo referente a la "nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan...".

Al estudiar la inexistencia vimos que causal para que ella se de, es la inobservancia de solemnidades prescritas para los diferentes actos jurídicos que las requieran, con lo cual nos veríamos en dificultad para determinar su inexistencia o la nulidad. La incógnita se soluciona cuando dicha solemnidad no se ha cumplido, como la falta de escritura pública en la compra de bienes raíces, hipótesis en la cual hay inexistencia del acto; por el contrario, si esta solemnidad se cumple pero se adolece de algún "requisito de valor", como cuando en la escritura pública se ha omitido la firma de los contratantes, habrá lugar a la nulidad absoluta, criterio expresado por el profesor Ospina y que lo aceptamos integralmente. "En suma, la inobservancia total de la forma solemne acarrea la inexistencia del acto, y la inob-

servancia de tal solemnidad, pero no en forma plena, en principio acarrea la nulidad absoluta del acto" 88/, que lo reafirmamos con la sentencia de Casación de 25 de enero de 1983, que fallando la inobservancia de formalidades en la escritura pública, declara su nulidad, más no la inexistencia. La excelentísima Corte, expresó: "Ahora bien, cómo se suple la firma de quienes no saben o no pueden firmar?. La respuesta la da el Artículo 39 del Decreto premencionado" -960 de 1970-. La sentencia continúa: "De modo pues que son dos requisitos los que deben satisfacerse de conformidad con la norma transcrita:

"1. El Instrumento debe ser firmado por la persona a quien el otorgante ruegue que lo suscriba, con anotación de su nombre, edad, domicilio e identificación".

"2. El otorgante debe imprimir a continuación su huella dactilar, de lo cual se dejará testimonio escrito, con indicación de cuál fue la huella impresa".

"Entonces, si de conformidad con lo que se dispone por el Artículo 35, infine, del mismo Estatuto de Notariado, la firma de los otorgantes demuestra su aprobación, es menester concluir que, en el caso litigado en este proceso, no aparece que Segunda Palacios Mena haya firmado debidamente la escritura No. 209 y que, por la misma razón, no prestó en la forma requerida la aproba-

ción a su texto, episodios que, al tenor del Artículo 99 citado, constituyen nulidad de la escritura y que por omisiones propias de toda escritura pública, permiten calificar el vicio como nulidad absoluta a veces con el Artículo 1741 del "Código Civil". 89/ente, se daría esa indeterminación pues no se sabría a que notaría

En materia de contratos por correspondencia, ellos pueden estar afectados de nulidad absoluta cuando se omiten exigencias y formalidades previstas para cada acto, y como ya quedó dicho, a través de la correspondencia, puedan celebrarse promesas de venta de bienes muebles e inmuebles, lo que opera cuando el oferente envía directamente al destinatario un documento para que se adhiera o para que este le haga oferta respecto al bien o servicio que se ofrece. En este caso, bien se puede suscribir o no el documento; cuando quiera que se lo hubiese suscrito, existirá la promesa, porque como se sabe, se cumplen con las exigencias en cuanto al consentimiento y la formalidad por escrito, mas sin embargo, esa promesa puede estar viciada de nulidad, cuando quiera que los agentes hubieran omitido la notaría ante la cual se extenderá la escritura pública, particularmente, cuando los interesados residen en distintos distritos, o si residiendo en el mismo, en él operan varias notarías. En efecto, la promesa de venta, como lo ha dicho la Excelentísima Corte, conlleva obligación de hacer, esto es, de otorgar la respectiva escritura pública de venta del inmueble prometido, lo cual es factible cuando en el precontrato se ha indicado con exactitud la notaría don

de debe correrse el Instrumento, de lo contrario, se daría la Indeterminación del contrato; como se ve, esta exigencia es fatal, forzosa, más aún si se convino entre ausentes, a pesar de que si bien no se señaló domicilio contractual, la Ley lo entiende el del oferente, se daría esa Indeterminación pues no se sabría a que notaría acudir para cumplir con la obligación contractual.

La exigencia de la determinación concreta y clara del precontrato, la da el Artículo 89 de la Ley 153 de 1887, de tal suerte que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa y las formalidades legales. Para redundar en detalles citamos la sentencia de Casación de 6 de Octubre de 1982 que en la parte pertinente expresa: "Entonces, recordando que la regla cuarta del Artículo 89 de la Ley 153 de 1887 no se cumple simplemente con determinar en la promesa el contrato prometido, como lo predica el censor, sino que se requiere además, que esa determinación se haga de "tal suerte que para perfeccionar el contrato" solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales", es evidente que no se satisface esa regla cuando los contratantes, siendo vecinos de distinto círculo notarial o cuando siéndolo del mismo son varias las notarías del círculo omiten señalar en cual se otorgara el Instrumento de venta. En tales circunstancias, si no se expresa en el escrito de promesa de venta de Inmuebles la notaría, la promesa ES NULA por falta del lleno de lo exigido por el Artículo 894 de la Ley 153 de 1887...". 90/

Igualmente, el contrato puede estar afectado de nulidad, cuando quiera que los agentes hubieran convenido sobre objeto ilícito y más notoria es la situación cuando se da en objetos absolutamente prohibidos por la Ley, que como se sabe, son los actos que la Ley los prohíbe en forma expresa y cuya celebración conduce a nulidad absoluta, como la enajenación de cosas que se encuentran fuera del comercio, la de derechos personales, todos los actos sobre sucesión futura, la compraventa entre padres e hijos de familia y de cónyuges no divorciados y que se pueden celebrar por correspondencia y que fueron estudiados en su oportunidad, requisitos que se han previsto por la Ley para determinar el

También puede haber nulidad absoluta por ilicitud en la causa cuando esta se encuentra en pugna con el ordenamiento jurídico, con el orden público y con las buenas costumbres. Nulidad Relativa.

- a. La nulidad relativa emana de la incapacidad general.
- b. La Nulidad Relativa, se expresa, son incapaces relativamente los menores adultos, o sea los varones mayores de
- Tomando las palabras del profesor Valencia Zea, la nulidad relativa está prevista "previendo el caso de la falta de requisitos que se exigen para proteger debidamente los intereses del orden público". 91/ La Corte Suprema de Justicia ha dicho que están atacados de nulidad relativa "los actos jurídicos que atentan contra los intereses individuales de las partes. -Casación de 28 de Agosto de 1945-.

Sustancialmente la nulidad relativa está prevista en el Artículo 1741 Infine del Código Civil, que establece: "Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da Derecho a la rescisión del acto o contrato".

A través de la institución de la nulidad relativa el Legislador sanciona aquellos actos que no pecan de inexistencia o de nulidad absoluta, pero que pueden estar afectados por nulidad relativa cuando quiera que con ellos se irrogan perjuicios a los intereses de los particulares y que se da cuando faltan los demás requisitos que se han previsto por la Ley para determinar el valor del acto jurídico.

1. Causales de Nulidad Relativa.

La nulidad relativa emana de la incapacidad general relativa, que como ya se expresó, son incapaces relativamente los menores adultos, o sea los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce, que no han cumplido los dieciocho. Los actos que estos realizan acarrean nulidad relativa, siempre y cuando no se hubiesen dado con la asistencia de sus representantes legales, igualmente lo son los disipadores afectados por interdicción judicial.

Los actos jurídicos en los cuales se dan irregularidades por vicios en el consentimiento, como la fuerza, el error y el dolo, están afectados de nulidad relativa, siempre que se reúnan los requisitos que la Ley

reconoce como vicios dirimentes.

En tercer lugar, el acto jurídico puede afectarse de nulidad relativa, en casos de las incapacidades particulares, que se prevén por la Ley para ciertas personas que siendo capaces generalmente, son incapaces para celebrar determinados actos que se radican sobre objeto ilícito, como lo dijimos estudiando la incapacidad particular que tiene el administrador de establecimientos públicos para vender los bienes que le han encargado a su administración.

c. Paralelo entre las Nulidades.

Existen grandes diferencias en el tratamiento que el Legislador les da a las dos especies de nulidades y cuyo interés es importante conocer.

1. La Declaración y la Legitimación.

La nulidad absoluta puede declararse de oficio por el Juzgador, la relativa no.

Para que la nulidad absoluta se declare de oficio por el Juez, es indispensable tener en cuenta que para que ello proceda, es necesario que ella se ofrezca de manifiesto en el acto o contrato, pues así se prevée en la Norma del Artículo 1742 del Código Civil, subrogado por la Ley 50 de 1936, Artículo Segundo que dice: "La nulidad absoluta puede y debe

ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la Ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

De lo anterior se desprende que en estos casos es necesario que la nulidad se manifieste en el acto, que sea patente, ostensible, o sea que para que el Juez la establezca, no necesite de otros actos o pruebas. Así lo ha dicho la Corte en Casación de 8 de Septiembre de 1982, al expresar: "Menester es ahora precisar con exactitud qué requisitos o circunstancias mínimas deben darse para que sea dable la censura en Casación por la inaplicación de normas imperativas que generen nulidad, o para la aplicación oficiosa de la misma en orden a declararla. Estas son: 1. que aparezca de manifiesto en el negocio jurídico sin que para deducir la nulidad sea necesario recurrir a pruebas distintas del documento público o privado que lo contiene. 2. que la nulidad tenga incidencia en la decisión judicial por haber sido invocado el negocio jurídico como soporte de las pretensiones del demandante o de la defensa, y 3. que todas aquellas personas que intervinieron en la formación del negocio jurídico de cuya nulidad se trate, o sus causahabientes a título universal o singular, sean partes en el proceso en que se declare la nulidad y por lo tanto los afecte la sentencia". 92/

Finalmente, débese tener en cuenta el concepto del profesor Ospina que dice que la nulidad absoluta debe haberse traído al proceso en que se alegue o se pretenda la validez, pues según sus palabras, "sería extravagante pensar que la facultad y el deber de los jueces pudiesen llegar hasta imponerles a estos la obligación de pesquisar extrajuicio los actos con objeto y causa ilícita, con deficiencias formales, o celebrados por incapaces absolutos". 93/

Del Artículo segundo de la Ley 50 de 1936 se desprende la facultad que tiene el Ministerio Público para demandarla en defensa de la moral o de la ley, y esto es comprensible porque el Ministerio Público que es Institución Constitucional, como finalidad tiene la de velar por la sociedad y por la aplicación de la Ley.

Si hablamos de la legitimación para solicitar la nulidad absoluta a más del Agente del Ministerio Público y de proceder la oficiosidad en la misma declaración, lo puede hacer toda persona que justifique un interés serio y legítimo para que sea declarada, porque así se entiende del texto de la norma indicada. La nulidad absoluta puede solicitarse por las partes que celebraron el acto jurídico, por los terceros que justifiquen el interés, como serían los acreedores que estén legitimados para hacer valer sus derechos frente a los actos que realicen sus acreedores, como podría suceder cuando

93/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 461.

se da el "fraude pauliano", del cual ya hablamos.

Mirando a la nulidad relativa, ella no puede declararse de oficio por el Juez, como así lo manda el Artículo 1743 del Código Civil que establece: "La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez, sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la Ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, o por sus herederos o cesionarios..".

De conformidad a la norma, la legitimación ad causam se ha dado para las personas a quienes la declaración de nulidad las beneficie, lo mismo que para los herederos o cesionarios. Se trata de intereses privados, serios y legítimos. Al Ministerio Público no le está permitido demandar la nulidad relativa, como si tiene capacidad para pedir la declaratoria de la nulidad absoluta.

Si nos referimos a contratos por correspondencia, cuando quiera que se hubiese convenido entre los agentes, por ejemplo el suministro de mercaderías introducidas al país por contrabando, en caso que el destinatario solicite que se le obligue al oferente cumplir con la obligación del suministro, al Juez oficiosamente le asiste el Derecho y el deber de declarar la nulidad del acto y como consecuencia adicional, este no podrá solicitar que se repita lo pagado, por darse la ilicitud en el objeto, por prohibición expresa de la Ley. El Ministerio Público en defensa de la sociedad y de la Ley, es tá facultado para solicitar su declaración; a los agentes que lo celebraron y a terceros interesados legítima-

mente también les asiste este Derecho. Por el contrario, cuando la nulidad es relativa, como cuando se ofrecen bienes de un museo y el destinatario acepta la oferta creyendo que se trata de antigüedades, y si además el móvil que recae en la presunta antigüedad es conocida por el oferente, requisitos señalados por la Ley, al Juez no le es permitido decretar la nulidad oficiosamente, sino a petición de la parte, sea de uno de los agentes que tenga interés en la protección que se le ha reconocido por el vicio, como también el de los herederos y cesionarios y del mismo destinatario, como se desprende del precepto legal.

2. La Ratificación.

Con respecto a la nulidad absoluta, de conformidad con el Artículo segundo de la norma precitada se estableció que "cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes.

Es de anotar que con anterioridad a la Ley 50 de 1936, la nulidad absoluta en todas las causales no era susceptible de ratificación. A partir de la vigencia de esa Ley, la situación se modificó, permitiéndoles a los agentes la ratificación de los actos afectados con nulidad absoluta, siempre que esa nulidad no dependa de objeto o causa ilícita, pues, como se sabe, el legislador instituyó esas causales para preservar el orden público y mal haría permitiendo que los particulares convalidaran el vicio por medio de la autonomía en su voluntad,

al pretender celebrar un acto que contravenga al ordenamiento y que pretenda ratificar otro que se dio con los mismos antecedentes. Por otra parte, la Ley permite que cuando quiera que no se de la ilicitud, los agentes pueden convalidar sus actos con la circunstancia adicional de que el acto produce efectos retroactivos o ex tunc, como lo sería por la incapacidad, por la inobservancia de los requisitos de valor en las formalidades, valga decir, ausencia de la huella digital cuando no se sabe firmar, en la escritura pública.

La ratificación en los actos que se encuentran viciados de nulidad relativa es un modo de sanearlos, como se deduce del texto del Artículo 1743, cuando dice que pueden sanearse por "el lapso de tiempo o por ratificación de las partes".

Si se habla de ratificación, cabe preguntar quiénes están facultados para ratificar, la oportunidad, la forma y sus efectos.

1. Quiénes están facultados para ratificar.

Tomando en cuenta que ratificar consiste en el acto de aprobación o confirmación de actos, de palabras, de escritos "dándoles por valederos y ciertos". ^{94/} Ese acto les corresponde realizarlo a las partes

^{94/} OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 490.

favorecidas con la nulidad y que según el Artículo 1755 del Código Civil: "Ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas sino emanan de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad". La doctrina sostiene que el titular de la acción de nulidad es quien está facultado para ratificar, sin importar que el consentimiento se de por las otras partes, puesto que "para ellas el acto es válido y eficaz mientras aquel no obtenga la declaración de su invalidez". Finalmente, en cuanto a la ratificación de los actos nulos relativamente, es bueno anotar que la ratificación se entiende como renuncia al derecho de alegar la nulidad.

En relación con la nulidad absoluta, como queda dicho, únicamente son susceptibles de ratificación, confirmación o convalidación aquellos actos en los cuales no se incurrió en ilicitud por el objeto o por la causa. Por lo mismo, son ratificables los viciados de nulidad por inobservancia de los elementos de valor, de las solemnidades y por incapacidad. A este respecto hay que entender que quienes están facultados para ratificar son las partes y no quienes la puedan alegar, puesto que como se vio, lo pueden hacer el Agente del Ministerio Público y oficiosamente por el Juzgado. Referente a la nulidad por incapacidad, de conformidad con el Artículo 1756 no puede ratificarse mientras se siga en estado de incapacidad, por lo cual la ratificación válida procede cuando acaba la incapacidad por llegar a la mayoría de edad o porque desaparece la enfermedad, o cuando se ha operado la autorización del represen-

tante legal del incapaz, como lo anota el profesor Valencia Zea. 95/ Hay que tener en cuenta que la ratificación es un acto nuevo que debe reunir requisitos de existencia y validez jurídica para que tenga plena eficacia en Derecho, de ahí la exigencia del Artículo 1756 que prevee "No vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar". La voluntad de los agentes que se unifican en el consentimiento, como ocurre en el caso de Referente a la nulidad por inobservancia de los requisitos de valor en las formalidades, la ratificación exige el cabal cumplimiento de ese requisito que dejó de observarse, puesto que con la simple declaración de corregirlo, no se suple y el acto seguiría siendo inválido jurídicamente; en el caso planteado anteriormente, la exigencia se la cumple imprimiendo la huella digital de quien no sabe firmar la obligación contratada" -Artículo 1756-, es decir se trata de una acción y no de omisión o inacción, se trata de dar cumplimiento con la obli-

- II. Oportunidad para ratificar.
- En materia de nulidad de los actos jurídicos ella se encuentra sometida al régimen de prescripción y por esta razón la oportunidad que tienen las partes titulares de la acción de nulidad para ratificar, se cuenta a partir de la fecha de la celebración del acto hasta el término de la prescripción y que

95/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. O. cit. Pág. 563.

opera de distinta manera si se trata de nulidad absoluta o relativa.

III. Forma de ratificar.

La ratificación como acto proveniente de una manifestación de voluntad de los agentes que se unifican en el consentimiento, como ocurre en el caso de

IV.

la oferta y la aceptación, hablando de los contratos por correspondencia, de conformidad con el Artículo 1752 del Código Civil, puede ser expresa o tácita: "La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita".

La ratificación tácita es la "ejecución voluntaria de la obligación contratada" -Artículo 1754-, es decir se trata de una acción y no de omisión o inacción, se trata de dar cumplimiento con la obligación por parte del titular de la acción de nulidad. Sobre este particular acogemos la observación

del profesor Ospina, exigiendo que la acción de ratificar tácitamente por parte del legitimado para la acción de nulidad, sea válida y total, y, "además, que no quede duda de que ese cumplimiento ha sido voluntario y determinado por la intención de confirmar el acto nulo". 96/

La ratificación es expresa cuando los agentes celebran un acto nuevo sujetándose a los requisitos de validez de las solemnidades que se omitieron, se corrigen, o se convalidan, a través de la manifestación de la voluntad que en forma inequívoca pretende llenar de valor jurídico al acto que nació viciado.

IV. Los Efectos de la Ratificación.

La ratificación es un acto para sanear, convalidar o confirmar un acto que en Derecho nació con vicios de validez. Con la ratificación se persigue dar vida jurídica a ese acto que comprende con efectos re
troactivos desde la fecha de otorgamiento o celebra
ción de aquel acto afectado de nulidad y cualquier acto por ellos realizados con terceros, que también se reviste de eficacia.

3. La prescripción.-

De acuerdo con el Artículo segundo de la Ley 50 de 1936 la nulidad absoluta se sanea por prescripción extraordinaria que se da en el término de veinte años y de conformidad con el Artículo 1750 del Código Civil, la de la nulidad relativa se fija en cuatro años.

En cuanto a la prescripción de actos viciados con nulidad absoluta, la reforma de 1936 abrió la posibilidad de que los actos así celebrados se saneen en todas las

causales, incluyendo, desde luego los viciados por objeto y causa ilícita, pues en ella se dijo que "cuando no es generada por objeto o causa ilícitas, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria". En tener en cuenta

que sea imposible. En cuanto a los primeros, los mayores En lo atinente a la nulidad relativa, el Artículo 1750 estatuye: "El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años". En esta norma se indica el momento desde el cual se comienza a contar el cuatrienio, que cuando se trata de violencia, se cuenta desde el día en que hubiere cesado; que en caso de error o dolo, desde el día de la celebración del acto viciado, en caso de incapacidad legal, desde cuando esta hubiere cesado y en relación con las personas jurídicas, asimiladas a los menores, que tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, se les duplica el cuatrienio y el término se cuenta desde la fecha de la celebración del contrato. treinta años,

que la Ley 50 de 1936 redujo a veinte toda prescripción

Lo anterior debe complementarse con el Artículo 1751 ibidem que dice: "Los herederos mayores de edad gozarán del cuatrienio entero si no hubiere principiado a correr; y gozarán del residuo en caso contrario. A los herederos menores empieza a correr el cuatrienio o su residuo desde que hubieren llegado a la mayor edad".

"Pero en este caso, no se podrá pedir la declaración de nulidad, pasados treinta años desde la celebración del acto o contrato". de edad, le asiste el derecho de alegar

en el término residual, porque es lógico que, como se puede colegir, los actos viciados de nulidad relativa pueden atacarse con acción rescisoria, para la que se ha previsto la prescripción en favor de la persona

perjudicada con el acto en el término de cuatro años en sus distintas clases. Hay que destacar el tratamiento que se les da a los herederos, porque se han previsto dos situaciones diferentes: Cuando el heredero es mayor de edad y cuando es menor, sin tener en cuenta que sea impúber. En cuanto a los primeros -los mayores de edad-, que según la Ley 27 de 1977, llegan a la plenitud a los 18 años, cuando el cuatrienio no hubiere comenzado a correr, dispone de los cuatro años para alegar la nulidad, derecho que le asistía al causante. Si el término hubiere comenzado a correr, esto es cuando el causante ha muerto durante el cuatrienio, les asiste el Derecho para proponerla en el residuo del mismo. En cuanto a los menores de edad, la Ley los ampara porque por una parte suspende el término de prescripción hasta cuando cumplan su mayor edad y a partir de la cual comienza a correr; sin embargo, del inciso segundo del Artículo 1751 se desprende la prescripción de treinta años, que la Ley 50 de 1936 redujo a veinte toda prescripción treintenaria y sería absurdo querer aplicar el inciso comentado, así sea que el menor hubiera quedado de un año, esa edad, más los 17 años para llegar a mayor, más los cuatro de la prescripción darían simplemente 21 y no 30, más aún, como quedó dicho, estas prescripciones se someten al término de veinte años, según la Ley citada. Por otra parte, cuando en vida del causante hubiere comenzado a correr el término de la prescripción, al heredero menor de edad le asiste el derecho de alegarla en el término residual, porque es lógico que durante la vida del causante paralela con el término de la prescripción, fue a éste a quien le correspondía alegarla, quedándole la posibilidad de alegar al herede-

ro, en el cómputo del término restante. Recuérdese finalmente que los herederos están legitimados para alegar nulidad relativa según aparece del Artículo 1743 del Código Civil: contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita...".

En los casos de violencia generalizada, el cuatrienio se cuenta a partir del día del restablecimiento del orden público, supuesto que puede originar efectos para las partes y terceros.

Por último, las personas jurídicas de que se ocupa el inciso cuarto del Artículo 1750, son aquellas asimiladas al menor, en las que uno de sus socios contrata sin estar facultado o "sin poder suficiente de representación", entendiéndose por partes del acto jurídico los agen-

tes que directamente o por procuración, intervinieron en la celebración, a los herederos o causan-

d. Efectos de la Declaración de Nulidad. efectos que los rigen en torno a la declaratoria de la nulidad

A diferencia de la inexistencia del acto jurídico, la nulidad debe declararse judicialmente, porque por una parte el acto nulo tiene vida hasta que se decrete su nulidad, y el acto inexistente puede inobservarse por los agentes y dejarlo sin eficacia y que en caso de haberse dado las situaciones de hecho, puede acudirse ante el Juez como ya se vio para que decrete la inexistencia, o para que ordene que se proceda a la celebración del acto, cumpliendo las exigencias legales. A través de la declaración de nulidad lo que se persigue es aniquilar o destruir un acto jurídico que siendo existente, surgió a la vida jurídica pero viciado.

El Código Civil en el Artículo 1746 dice: "La nulidad

pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita...", es decir que con el pronunciamiento judicial de la nulidad se va a conseguir el restablecimiento del anterior estado al acto, supuesto que puede originar efectos para las partes y terceros.

1. Efectos respecto de las partes.

Entendiendo por partes del acto jurídico los agentes que directamente o por procuración, intervinieron en la celebración, a los herederos o causahabientes a título singular, los efectos que los rigen en torno a la declaratoria de la nulidad del acto celebrado, entre otros son:

La declaración de nulidad da por terminado un acto jurídico que nació pero que por falta de requisitos de validez no debe seguir produciendo los efectos acordados por las partes, como así se deduce del Artículo 1625 del Código Civil que prevee que las obligaciones se extinguen, entre otras razones, por declaración de nulidad o rescisión.

En segundo lugar, de conformidad con el texto del Artículo 1746 *ibidem*, con la nulidad se persigue el restablecimiento del estado anterior, excepto que no puede repetirse lo dado o pagado con susten-

to en objeto o causa ilícita.

Un tercer efecto se presenta por la aplicación del segundo inciso del Artículo 1746 cuando expresa: "En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración el caso fortuito y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente Artículo".

Según esta norma se prevee no únicamente la obligación de los agentes del acto anulado, de entregar lo que se hubiere recibido con base en el acto, sino que ellos también comportan la necesidad de cumplir con los deberes basados en la equidad. En efecto, están obligados a pagar el precio de la cosa en el caso de que por su culpa ella hubiera perecido, tratándose de especies; también se obligan a indemnizar en casos de deterioro de la misma si hubiere habido posesión de mala fe, al poseedor le corresponde el pago de los perjuicios o deterioros provenientes de la culpa; por el contrario, cuando se actúa de buena fe solo responde de los deterioros en caso de aprovechamiento de ellos. Si los daños no provienen de culpa sino de fuerza mayor o caso fortuito, la obligación perece.

Otro efecto que comporta la anulación del acto, es la obligación del poseedor de mala fe de restituir los

frutos naturales y civiles percibidos y que se dejaron de percibir, por no actuar con una inteligencia media. No se obliga al poseedor de buena fe, sino a partir de la contestación de la correspondiente demanda, porque así se desprende del Artículo 964 del Código Civil. Además, el poseedor de buena fe tiene derecho para reclamar las expensas encaminadas a la conservación del bien y a reclamar las mejoras necesarias y útiles, por lo que le corresponde devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre Así como se establece la obligación de pagar o entregar la cosa y sus frutos, se consagra la de cancelar los intereses y a este propósito según Jurisprudencia actual de la Suprema Corte, reiterada varias veces, ha visto la conveniencia de aplicar la corrección monetaria, cuando se trata de devolver dinero, como aparece de la Sentencia de Casación de 24 de Marzo de 1983, cuando dijo: "3. La Jurisprudencia de la Corte, en fallos de 24 de Abril y 9 de Julio de 1979, acudiendo a los principios generales del Derecho a un más actualizada hermenéutica de la Ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones y, por ende, afirmó la crisis del nominalismo, que hasta entonces aparecía como un principio rector en el Código Civil Colombiano y como una valla infranqueable en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias", no obstante ser un hecho público y notorio, el envilecimiento de la moneda.

"4. La inflación y la depreciación de la moneda, por su reiteración o cronicidad, entró, según la doctrina más real y aceptable, al campo de los hechos públicos y notorios, con lo cual se está afirmando que el damnificado se encuentra relevado de su demostración, má-

2. xime cuando el mismo Estado lo viene aceptando con la expedición de normas de reconocimiento implícito de tales fenómenos, como ocurre con los reajustes salariales al sector público y privado que se hacen cada año, con las pensiones, con las obligaciones tributarias, con la reglamentación y funcionamiento de las unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), etc". Más adelante expresa: "Entonces si con motivo del fallo de nulidad una de las partes le corresponde devolver determinada suma de dinero y por el tiempo transcurrido entre el recibo de dicha suma y su restitución no mantiene su valor real de cambio, por cuanto ha sido afectada por el fenómeno de la depreciación, la devolución debe hacerse con el correspondiente ajuste, que comprende la desvalorización de la moneda, para lo cual debe tenerse en cuenta el índice anual del costo de la vida", sino de un acto posterior a ese y como de lo que se trata es "Así como una de las partes, por efecto de la nulidad, va a recibir un bien raíz, seguramente valorizado, si métricamente la otra parte que va a recibir determinada suma de dinero se la debe entregar igualmente valorizada", no produce efectos, puesto que "nadie puede transferir más derechos que los que tiene". Sin embargo, con "Como el sentenciador de segundo grado condenó al demandante a devolverle al demandado la suma de \$100.000, sin ordenar la consiguiente corrección monetaria, no obstante ser un hecho público o notorio, el envilecimiento de la moneda, infringió las normas indicadas en la censura, motivo que conduce a quebrar el fallo. Y como el ataque se refiere a eses exclusivo punto, se mantendrán incólumes las demás decisiones tomadas por el Tribunal". 97/

2. Efectos respecto de Terceros.

Estos se desprenden del Artículo 1748 del Código Civil, que establece: "La nulidad judicialmente pronunciada de acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales", efectos que surgen del primer inciso del Artículo 1746 Ibidem, cuando dice que la sentencia de nulidad con fuerza de cosa juzgada, faculta a las partes para la restitución a su estado anterior. El profesor Valencia Zea expresa: "Si un tercero ha adquirido un derecho y la fuente de adquisición de su antecesor es inválida, también se invalida la suya". 98/

De lo anterior se desprende que cuando se trata de personas que no derivan su derecho del acto anulado, sino de un acto posterior a ese y como de lo que se trata es de recuperar los bienes o el precio, hay que destacar que a través del primer acto, el anulado, no ha perdido su derecho de dominio y quien lo recibió no lo adquirió, entonces, cualquier acto de disposición que realice éste no produce efectos, puesto que "nadie puede transferir más derechos que los que tiene". Sin embargo, con esto se atacan los principios rectores de la equidad, toda vez que a los terceros no se les mira si han actuado de buena o mala fe, y bien pueden desconocer la causa de anulación del acto, como sería la incapacidad o el dolo, situación que deja en desprotección absoluta sus intereses, y es por esto que acogemos el pensa-

98/ VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Op. Cit. Pág. 561.

miento del profesor Ospina expresado así: "En tales casos la aplicación indiscriminada de la máxima *jure dantis* -resuelto el derecho del que da se resuelve el derecho del que recibe- sacrifica la buena fe del tercero subadquirente contra los dictados de la equidad. Desgraciadamente, la solución injusta del Artículo 1748 y su apuntada incongruencia no se pueden corregir doctrinariamente. Es esta una cuestión de *jure condito* ante la cual el intérprete debe inclinarse por la aplicación de esa otra máxima de sabor no menos estoico que el de aquella en que se inspira la determinación positiva *dura lex sed lex*".

Haciendo referencia a las excepciones en que no es procedente la reivindicación contra terceros, el Artículo 1748 deja a salvo ciertas situaciones como cuando el poseedor adquiere el bien por usucapión, porque ha dejado de ser poseedor para convertirse en titular del Derecho de dominio, o de aquellos derechos reales principales, susceptibles de adquisición a través de la usucapión.

- e. La ineficacia de los Actos Jurídicos en el Código de Comercio.

La ineficacia mercantil versa sobre distintos temas, como la ineficacia en sí misma, la inexistencia y la nulidad en sus especies.

2. La inexistencia.

1. La ineficacia. Copérole, cuyo texto es: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya c...

El Artículo 897 del Estatuto Mercantil expresa que "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, y sin necesidad de declaración judicial". El Legislador en materia mercantil concibe la ineficacia como carencia de los efectos en el respectivo negocio jurídico y que opera sin necesidad de declaración judicial. Hay que observar que no obstante de que se ha previsto la sanción de ineficacia, en el Estatuto no se prevén causas para comprender el alcance de la misma, ya que en él se habla de la ineficacia de los actos, siendo que lo que se ha previsto constituyen un sinnúmero de ineficacias particulares, como aquella en que se excluye de participación del socio en las utilidades de la sociedad, cláusula que se tendrá como no escrita, según el texto del Artículo 150; igual ocurre con la norma del Artículo 200 que considera ineficaz limitaciones a la responsabilidad de los administradores de sociedades; se trata, en fin, de ineficacias particulares discriminadas por el Estatuto. La ineficacia del acto no se ha previsto, sino que como ya se dijo de ciertas cláusulas las cuales no requieren de pronunciamiento judicial y por lo tanto, se dota de esa facultad a autoridades administrativas, como la Superintendencia Bancaria.

2. La Inexistencia.

Está prevista en el Inciso segundo del Artículo 898

del Código de Comercio, cuyo texto es: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la Ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".

La inexistencia como la ineficacia no exigen declaración judicial; la inexistencia se diferencia de la ineficacia porque la segunda requiere de la existencia del acto, el que será ineficaz, con la circunstancia de que, como se vio, no se han previsto causales de ineficacia en el ordenamiento legal. La inexistencia es una sanción de mayor gravedad, puesto que a través de ella se declara que no se celebró, que no nació a la vida jurídica. Las causales que el Código de Comercio prevee para definir la inexistencia, son las de la inobservancia de las solemnidades sustanciales y cuando falte alguno de los elementos esenciales. Sobre este particular hay que tener en cuenta que las formalidades son elementos esenciales del acto o contrato de que se trate y que se exigen por la Ley. La no observancia de las solemnidades de escritura pública para la formación de sociedades, comporta la inexistencia de la misma, situación que merece una crítica en el sentido de que aquellas sociedades de hecho, que no cumplieron con la formalidad, la Ley no las considera inexistentes sino nulas, como aparece de lo previsto en el Artículo 502. En este evento hay que advertir que la inobservancia debe ser plena, la falta total de la solemnidad, porque

de lo contrario, como en materia civil, habría inobservancia de los requisitos de valor de la solemnidad, ya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme el Código Civil".

3. La nulidad absoluta. De la norma se conservan como causales de anulabilidad o nulidad relativa. El Artículo 899 del Código de Comercio estatuye: "Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. cuando contraría una norma imperativa, salvo que la Ley disponga otra cosa; 2. cuando tenga causa u objeto ilícitos, y, 3. cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz".

Está prevista en el Artículo 902 cuyo texto es:

De la norma anterior, las causales de nulidad absoluta son: La ilicitud en la causa y en el objeto; la incapacidad en los agentes, causales que se identifican con las previstas en el campo civil, pero se aparta cuando no contempla dentro de ellas la "inobservancia de la plenitud de la forma solemne", sin embargo, prevee una distinta que es la infracción de la norma imperativa. Respecto de la última, ella se subsume en el objeto ilícito, porque de conformidad con el Artículo 1523 C.C., "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las Leyes".

4. La nulidad relativa.

Están previstas las causales de esta especie en el Artículo 900 cuando hablando de la anulabili-

dad del negocio jurídico establece que lo es el "celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil".

Como puede destacarse de la norma se conservan como causales de anulabilidad o nulidad relativa, a la incapacidad también relativa y a los vicios de la voluntad; sin embargo, se eliminaron las causales de inhabilidad particular.

5. La nulidad parcial.

Está prevista en el Artículo 902 cuyo texto es: "La nulidad parcial de un negocio jurídico o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad". Se trata de una innovación jurídica, pues interpretando el acto jurídico se puede establecer que las partes hubiesen prescindido de su celebración cuando se hubiere conocido la nulidad parcial del acto o de una de sus cláusulas. Se trata pues de una norma que pretende la conservación de los actos, porque con base en una nulidad parcial no se afecta la integridad del acto.

En fin, como puede destacarse del breve análisis de la ineficacia de los actos jurídicos tanto en civil como en Mercantil, siempre se da un distan-

de que el estancamiento en el tratamiento que cada legislador se por tercerles da, cuando lo aconsejable podría ser una unificación, un tratamiento homogéneo de la materia.

En lugar de seguir un criterio unificador se toman posturas separadas que no benefician el desarrollo con desarrollo normal del comercio jurídico. La validez y eficacia, la consecuencia obvia que se ha previsto para que los En líneas generales, la eficacia de los actos jurídicos se presenta cuando nacen en Derecho y eso es lo real, cuando se cumplen todas las observaciones esos actos, y requisitos legales conformes con el orden público de los actos, las buenas costumbres y el orden jurídico. que como lo dice el profesor Ospina, crean situaciones permanentes y en los Si miramos a los contratos por correspondencia, al estado civil hay que rellevar la importancia que tiene la eficacia, porque a través de sus estudios, hay posibilidad de establecer con certidumbre si un acto al tutelar el jurídico realizado por este medio o sistema tiene efectividad en el comercio jurídico.

En las relaciones En este capítulo no nos detenemos en analizar as- frente a aspectos concretos de la eficacia de los contratos la publicación por correspondencia, sino que miramos la importancia de conocer los distintos temas que rigen la validez de los mismos, a la luz de las disposiciones con los regu- los generales, la interpretación y los alcances dados por la Jurisprudencia.

En cita de Nazareno, trae el profesor Ospina, mencionado

B.3/ LA Oponibilidad. Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 402.
La oponibilidad de un acto jurídico se basa en el Interrogante

de que si estos se celebran entre particulares, deben respetarse por terceros, o si por el contrario, estos tienen facultad para impugnar la eficacia de los mismos.

La oponibilidad es consecuencia de los actos jurídicos celebrados con observancia rígida de las normas establecidas para su validez y eficacia. Es consecuencia obvia que se ha previsto para que los terceros acaten y respeten la autonomía de la voluntad privada, restringida en ciertos casos, y que el Legislador les ha reconocido a los particulares para que a través de esos actos, atiendan necesidades de toda índole. La oponibilidad de los actos se concreta con mayor necesidad en aquellos que como lo dice el profesor Ospina, crean situaciones permanentes y en los que interesan al orden público, como los relativos al estado civil de las personas, v.gr. el matrimonio, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, etc. 99/. La oponibilidad se da también para la preservación del orden y la paz sociales al tutelar la propiedad privada y los derechos reales, produciendo efectos erga omnes.

En las relaciones mercantiles para que opere la oponibilidad frente a terceros, es menester que el acto haya cumplido con la publicidad señalada por el Legislador, como se desprende de la interpretación del Artículo 901, cuando dice: "Será inoponible frente a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la Ley exija".

En cita de Mazeaud, traída por el profesor Ospina, mencionado

99/ OSPINA Fernández, Guillermo. OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Op. Cit. Pág. 402.

varias veces, nos dice que "La oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros constituye la regla general y la inoponibilidad a ellos es la excepción".

La inoponibilidad, según la cita anterior, es una excepción, porque si bien es cierto que los terceros deben respetar y acatar los actos jurídicos celebrados por los particulares que se han ceñido a la Ley, sin embargo, a estos también se les faculta para desconocerlos e impugnarlos, cuando con ellos se vulneran sus derechos. La inoponibilidad como excepción, se presenta en varios casos, entre los cuales encontramos estos:

1. La inobservancia de los requisitos de publicidad.-

En materia mercantil la inobservancia de los requisitos de publicidad, es la única causal de inoponibilidad del acto jurídico, desconociendo la misma por causa de otras razones, como la inobservancia de los requisitos esenciales, etc. Corolario es que si los terceros están obligados a acatar los actos de los particulares, cuando menos deben conocerlos. Al cumplir con este requisito, la Ley prevee diversos modos, como la escritura pública corrida ante notario, siempre que se trate de enajenación de bienes inmuebles, de constitución de sociedades, etc. Dentro de las funciones y finalidades que cumple el Registro de Instrumentos Públicos, está precisamente, dar publicidad a la situación de la propiedad inmueble.

2. La inobservancia de los formalidades legales.-

Cuando quiera que las partes omitan las formalidades

previstas para los distintos actos, en los cuales bien se presenta la inexistencia del acto, por no perfeccionado o por vicios de nulidad, según hemos visto, casos en los cuales esos vicios no solo se presentan entre las partes, sino que los terceros están facultados para oponerse al acto, caracterizar el acto respectivo. El Estatuto Mercantil prevee varios casos y dentro de estos hallamos, según el Artículo

3. La falta de requisitos para existencia y valor del acto.

una sociedad colectiva, no es oponible a terceros, sino Será inoponible a terceros el acto en el cual se deja de observar los requisitos de la existencia y validez del acto, porque faculta a los terceros para impugnarlo, para que deje de producir efectos entre las partes, como en el caso de la simulación absoluta, que se presenta en una compraventa de confianza. Situación que se han visto pueden observarse en los contratos por correspondencia y si ellos se celebran observando rigurosamente los requisitos de legalidad

4. La protección de derechos de los terceros.

Es uno de los criterios claves de mayor importancia en las cuestiones de inoponibilidad del acto jurídico celebrado por las partes que atente contra los derechos de terceros. Dentro de estos casos encontramos, entre otros varios, los siguientes: en los de simulación en los cuales el acto aparente desconoce derechos de los terceros acreedores, o cuando defraudando a la Ley, menoscaban intereses de uno de los miembros de la sociedad conyugal. La Ley les reconoce a los terceros defraudados la posibilidad de ejercitar la acción de simulación, para destruír así la verdadera intención de los simuladores, o a destruir en su totalidad el acto simulado. Lo mismo ocurre en el caso del fraude pauliano, cuando el deudor

para perjudicar a su acreedor mediante un acto fraudulento, menoscaba su propio patrimonio.

En cuestiones mercantiles, el acto es inoponible cuando no se cumplen los requisitos de publicidad que debe caracterizar el acto respectivo. El Estatuto Mercantil prevee varios casos y dentro de estos hallamos, según el Artículo 300 que la prenda constituida sobre el interés social en una sociedad colectiva, no es oponible a terceros, sino cuando se registra en la oficina competente. -Cámara de Comercio-. El documento de compraventa con reserva de dominio no registrado en la respectiva oficina de instrumentos, es inoponible a terceros, etc.

Las causas de inoponibilidad que se han visto pueden observarse en los contratos por correspondencia y si ellos se celebran observando rigurosamente los requisitos de legalización, concordes con las buenas costumbres y con el orden público, producen naturalmente efectos plenos tanto para los agentes como para los terceros y quienes por lo mismo, están en la obligación perentoria de acatarlos y respetarlos y presentándose, desde luego, la posibilidad de impugnarlos cuando quiera que atenten contra sus intereses.

La excelentísima Sala de Casación Civil expresó:

"Bajo nuestro régimen jurídico, la Ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de espacios de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el Legislador, debido a que él, que obtiene sus materiales del pasado se halla a menudo en retardo con respecto de los hechos económicos..."

Del análisis de los contratos por correspondencia, surge que en las actuales circunstancias del tráfico jurídico, los particulares para satisfacer sus necesidades, a través de las manifestaciones de la voluntad, limitada en cierta forma, acuden al uso de los contratos cuyos estructuras no están previstas por el Legislador, que como lo dice la Corte, es la consecuencia de las "necesidades presentes no previstas por el Legislador".

CONCLUSIONES

Conscientes de la trascendencia que tiene el trabajo final que exigen los estatutos universitario para discernir el título profesional de Abogado, para elaborar el trabajo que presentamos a las directivas de la Facultad, debemos manifestar que desde el principio nos preocupamos hasta donde fue posible humanamente hacer acopio de conocimientos de las distintas disciplinas relacionadas con el tema escogido. Hemos procurado cuando la materia lo ha permitido, expresar nuestras opiniones, susceptibles, desde luego de críticas y rectificaciones, posibles por la limitación de la capacidad humana y de la complejidad del tema. Han sido fuentes de orientación las enseñanzas formativas recibidas de nuestros catedráticos. Por todo esto, creemos que cumplimos con un estudio panorámico y del cual podemos formular algunas conclusiones:

La excelentísima Corte al abocar un estudio sobre el régimen contractual, en Casación Civil expresó:

"Bajo nuestro régimen jurídico, la Ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el Legislador, debido a que él, que obtiene sus materiales del pasado se halla a menudo en retardo con respecto de los hechos económicos..."

Del análisis de los contratos por correspondencia, surge que en las actuales circunstancias del tráfico jurídico, los particulares para satisfacer sus necesidades, a través de las manifestaciones de la voluntad, limitada en cierta forma, acuden al mecanismo de los contratos cuyas estructuras no están previstas por el Legislador, que como lo dice la Corte, es la consecuencia de las "necesidades presentes no previstas por el Legislador".

Si es cierto que en Colombia están reglamentados los fenómenos jurídicos de la oferta y de la aceptación, se establece un sistema anacrónico y confuso, producto de la fusión y ecléctismo, de teorías y sistemas diferentes, y entonces no es posible fijar con criterio unificado, consecuencias jurídicas como la fecha de formación del contrato y menos aún, que el contrato así celebrado, se hizo por correspondencia, ya que no están previstas las circunstancias en las que opera de esa manera.

En relación con la oferta, hay que recalcar que el Legislador, haciendo a un lado o alejándose del principio de la buena fe, rector de los actos jurídicos, descarta la posibilidad de que, preferencialmente en materia mercantil, los comerciantes profesionales puedan incurrir en conductas desleales con su gremio, cuando valiéndose de mecanismos como los circulares, referentes a bienes o servicios ofrecidos, con disimulo, quitan o arrebatan clientelas conocidas o establecidas.

No está previsto cuando un acto o contrato se realiza y opera por correspondencia, o sea entre ausentes, porque habla únicamente del negocio que se acuerda entre presentes y que se debe aceptar o rechazar en el momento de oírse la oferta y que para efectos de aceptación y rechazo, la oferta hecha por teléfono se asimila a la entre presentes. Por otro lado, establece que si es escrita, señala

un plazo en la propia sede y otro en una distinta. Aquí se debe advertir que la oferta que se haga por teléfono, si esta es aceptada, dará lugar a la formación de contrato por correspondencia o entre ausentes. Puede acontecer además, que a través de los mencionados sistemas de publicación, como circulares, prospectos, catálogos, etc., se realicen verdaderas peticiones que también operan por correspondencia, porque van destinadas al público en general y que serían fuente obligacional en casos de aceptación por cualquiera de los destinatarios y que se someterá al término de duración que se le ha previsto.

Si a través de los contratos celebrados entre agentes que estén jurídicamente ausentes y entre los cuales se establecen relaciones de obligatoriedad, es lógico que entre ellos se celebra un contrato por correspondencia o una promesa de contrato.

Hablando de contratos por correspondencia, cabe advertir que las promesas de contrato pueden ser base de uno de compraventa de bienes raíces en materia civil, porque no procede al contrato perfecto sino cuando se otorga la escritura pública registrada. No procede, pues, por correspondencia, cuando más, la simple promesa o precontrato. Lo mismo acontece con los contratos reales que requieren la entrega de la cosa o de los bienes. En negocios mercantiles, la promesa de contrato, por razones de la dinámica que engendran, no requiere forma escrita, sino simplemente consensual, esto es que basta el simple acuerdo de voluntades y el acto queda celebrado. Los contratos consensuales son los que exigen el consentimiento de las partes que lo consensu perficuntur; el solo consentimiento es base del contrato, sin que sea necesaria la ejecución inmediata. Todos ellos se pueden celebrar por correspondencia, inclusive, como se dijo, se puede celebrar promesas de venta. En materia mercantil no es necesario que la promesa se haga por escrito.

Siendo indispensable la presencia de las partes para la formación de contratos solemnes y formales con la única excepción del caso en que la formalidad se reduzca a consignar el contrato por escrito, y siendo igualmente necesario entregar la cosa para el perfeccionamiento de los contratos reales, ninguno de estos se puede perfeccionar por correspondencia, pero si pueden prepararse mediante promesas.

No pueden celebrarse por correspondencia contratos como el comodato, que es real por naturaleza, puesto que no se perfecciona sino con la entrega de la cosa -Artículo 2200 del Código Civil-.

El contrato de comodato no puede perfeccionarse por correspondencia, con el simple consentimiento. La exigencia que conlleva es la de restituir y para que ello proceda, es indispensable recibir. El profesor Bonivento nos dice: "Si no hay entrega no puede hablarse de comodato. La naturaleza o carácter real de este acto jurídico impone el criterio que, solamente, la entrega bajo cualquiera de las formas de tradición establecidas en los Artículos 754 y 756 del Código Civil, perfecciona el comodato. Por eso, si se pacta por escrito, este contrato, el acuerdo de voluntades, en sí mismo no sirve para producir los efectos propios de este negocio jurídico. Se requiere la entrega como supuesto indispensable para su conformación. Si se lleva a un escrito y no tiene ocurrencia este hecho, degenera esa expresión de voluntad en una promesa de comodato o pactum commodando como decían los romanos, y deberá en consonancia, someterse a las reglas de las promesas, pudiendo el promitente comodatario, demandar la entrega". 100/

100/ BONIVENTO Fernández, Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Op. Cit. Pág. 430.

igualmente no pueden celebrarse por correspondencia el mutuo -Artículos 2221 y siguientes del Código Civil-. Tampoco puede celebrarse de este modo el de depósito, definido por el Artículo 2236 ibidem. Los contratos por correspondencia, con aplicación de las normas generales que rigen para todos los contratos, pueden estar u- En los anteriores casos es requisito esencial la entrega de la cosa, que cuando quiera que este se de por escrito, no se perfecciona, sino que como acertadamente lo dice el profesor Bonivento, puede darse una promesa de contrato, que se rige por sus normas propias, afirmando que las promesas en estos casos pueden ser camino preparatorio del respectivo contrato.

No ocurre lo mismo en aquellos contratos que se perfeccionan con el simple consentimiento, como las compraventas civiles y comerciales. Al respecto de esta, como lo dijimos, es consensual, que se perfecciona y reputa perfecto desde el momento en que las partes convienen en la cosa y en el precio. Sin embargo, en el Estatuto Civil y en el Comercial se tipifican compraventas que deben revestirse de solemnidades y formalidades, sin las cuales el contrato no se perfecciona, como en la venta de bienes raíces, limitaciones de dominio de los mismos, pero en los cuales puede darse promesa de venta.

El contrato de permuta que también es consensual, puede celebrarse por correspondencia ya que solo se necesita el acuerdo de los agentes para intercambiar cuerpos ciertos -Artículo 1955 del Código Civil-. Es consensual según la norma 1956 ibidem.

El contrato de arrendamiento, definido por el maestro Bonivento como aquel por "virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado", es consensual porque se perfecciona por el simple acuerdo de las partes

en la cosa y en el precio, también se puede perfeccionar por corres
pondencia.

Por último, los contratos por correspondencia, con aplicación de las normas generales que rigen para todos los contratos, pueden estar afectados de nulidades, ser inexistentes, putativos, oponibles o inoponibles, según que en ellos los agentes interesados observaran todos los requisitos de existencia y validez, acatando el orden público, las buenas costumbres, observancia plena del ordenamiento legal y en conjunto dentro del saludable y aconsejable principio de la equidad y la justicia.

ARTEAGA, Jesús María. ARTEAGA Carvajal, Jaime. Curso de Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, 1979.

BETANCUR Jaramillo, Carlos. Código de Procedimiento Civil. Editorial Salesiana, Medellín, 1971.

BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los principales contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales. Ediciones Librería del Profesional, Quinta edición, Bogotá, 1981.

CARDOSO Irujo, Jorge. Obligaciones. Sus fuentes y su clasificación. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1981.

CASTILLO, Ramón Alvaro. Los Contratos. Ediciones Quetzal, México, D.F.

CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código Civil con Jurisprudencia. Quito, Ecuador, 1982.

DEVIS, Echandi, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del proceso. Tomo I, Editorial ABC, Octava edición, Bogotá, 1981.

TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. Volumen primero, Editorial Víctor P. de Zaballa, Buenos Aires, Argentina, 1981.

BIBLIOGRAFIA

DI TULLIO, Regino. Principios de Criminología clásica y algebraica. Ferres, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1966.

ARTEAGA, Jaime. ARTEAGA, Jesús M. Derecho Civil Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1980.

ARTEAGA, Jesús María. ARTEAGA Carvajal, Jaime. Curso de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1979.

BETANCUR Jaramillo, Carlos. Código de Procedimiento Civil. Editorial Salesiana, Medellín, 1971.

BONIVENTO Fernández, José Alejandro. Los principales contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales. Ediciones Librería del Profesional, Quinta edición, Bogotá, 1981.

CARDOSO Isaza, Jorge. Obligaciones. Sus fuentes y su clasificación. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1981.

CASTILLO, Ramón Gimeno. Los Contratos. Ediciones Quetzal, México, D.F. Bogotá, 1975.

CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Código Civil con Jurisprudencia. Quito, Ecuador, 1982.

DEVIS Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del proceso. Tomo I, Editorial ABC, Octava edición, Bogotá, 1981.

LONBORDO Noyes, Fernando. TRUJILLO Calle, Bernardo. GIL Sánchez, Jaime. JIMENEZ Gómez, Ben Teoría General de la prueba. Volumen primero, Editorial Víctor P. de Zabalia, Buenos Aires, Argentina, 1981.

DI TULLIO, Benigno. Principios de Criminología clínica y psiquiatría Forense. Editorial Aguilar, Madrid, España, 1966.

EDITORIA RICHARDS. Nueva enciclopedia temática. Panamá, 1969. Editorial Temis, Sexta edición, Bogotá, 1977.

FJARDO Arturo, Luis A. Conferencias de Derecho Civil Obligaciones. Universidad de Nariño, 1981. Gobernado, aumentado y anotado. Editorial Temis, Decimotercera edición, Bogotá, 1979.

GAVIRIA Gutiérrez, Enrique. Derecho Comercial. Editorial Bedout, primera edición, Medellín, 1981.

Editorial Temis, Segunda edición, Bogotá, 1975.

GONZALEZ Gómez, Eudoro. De las obligaciones en el Derecho Civil Colombiano. Colección pequeño foro, Taller Gama Impresores, Bogotá, 1981.

GUERRERO B., Gonzalo. Jurisprudencia Civil de los Tribunales Colombianos. Tomo primero. Gráficas Villarreal, Pasto, 1945.

INCORA. Reforma Social agraria, Leyes y Decretos reglamentarios. Bogotá, 1975.

RENGIFO, Ramiro. Contratos comerciales. La compraventa mercantil, LEGIS. Jurisprudencia y doctrina. Revista mensual. Tomo undécimo, Bogotá, 1982.

- LEGIS. Jurisprudencia y Doctrina. Revista mensual. Tomo duodécimo, Bogotá, 1983. *en segundo, Colección pequeño foro, Bogotá, 1981.*
- LONDONO Hoyos, Fernando. TRUJILLO Calle, Bernardo. GIL Sánchez, Jaime. JIMENEZ Gómez, Gonzalo. LOPEZ, José Luis. REYES Echandía, Alfonso. Comentarios al Código de Comercio. Volumen II, Medellín, 1979. Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Editorial Temis, quinta edición, Bogotá, 1977.
- LOPEZ Morales, Jairo. Jurisprudencia Civil de la Corte. Ediciones Lex, Bogotá, 1981. A. Justicia y Derecho. Biblioteca Salvat de grandes temas. Barcelona, España, 1974.
- MEDELLIN, Carlos J. Lecciones fundamentales de Derecho Romano. Editorial Temis, Sexta edición, Bogotá, 1977. *Salvat para todos, Pamplona, España, 1973.*
- ORTEGA Torres, Jorge. Código Civil. Concordato, comentado y anotado. Editorial Temis, Decimotercera edición, Bogotá, 1979. 1981.
- OSPINA Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis, Segunda edición, Bogotá, 1978.
- OSPINA Acosta, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Editorial Temis, Bogotá, 1976. 1980.*
- UNIVERSIDAD EXTERNA DE COLOMBIA. Nuevo Código Penal. Departamento
- PARRAGUEZ Ruiz, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia. Ediciones Jurídicas Macías asociados, Quito, Ecuador, 1977. *2da. edición. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo primero, Editorial Temis, Octava edición, Bogotá, 1979.*
- RENGIFO, Ramiro. Contratos comerciales. La compraventa mercantil, el transporte, el suministro. Volumen primero. Colección pequeño foro, Segunda edición, Bogotá, 1981. *Bogotá, 1976.*

RENGIFO, Ramiro. Contratos comerciales. El depósito, la prenda, el mandato. Volumen segundo, Colección pequeño Foro, Bogotá, 1981.

ROBLES, Luis A. Código de Comercio de la República de Colombia. Imprenta de la Luz, Bogotá, 1899.

SACHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Editorial Temis, quinta edición, Bogotá, 1977.

SALVAT EDITORES S.A. Justicia y Derecho. Biblioteca Salvat de grandes temas. Barcelona, España, 1974.

_____. Monitor, Enciclopedia Salvat para todos. Pamplona, España, 1970.

SERRANO, Luis F. Derecho Colombiano. Tomo XLVII, Bogotá, 1983.

URIBE Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980.

USECHE López, Carlos Arturo. Código de Comercio comentado y anotado. Editorial Colombiana Ltda., Primera edición, Bogotá, 1978.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Nuevo Código Penal. Departamento de publicaciones, Bogotá, 1980.

VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo primero, editorial Temis, Octava edición, Bogotá, 1979.

_____. Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo Tercero, Editorial Temis, Quinta edición, Bogotá, 1978.

VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil. De los contratos. Tomo cuarto. Editorial Temis, quinta edición, Bogotá, 1978.

VIVANTE, César. Instituciones de Derecho Comercial. Traducción y notas Ruggero Mazzi, Editorial Hispana S.A., Madrid, 1982.

WOLFF, Werner. Introducción a la Sicologia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1961.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TÉCNICOS

