7 EDICIÓN

CONTRATOS EMPRESARIALES

Nacionales e Internacionales

Conozca los contratos que le darán estabilidad y rentabilidad a su negocio



Lisandro Peña Nossa

ECOE EDICIONES

CONTRATOS EMPRESARIALES NACIONALES E INTERNACIONALES

CONOZCA LOS CONTRATOS QUE LE DARÁN ESTABILIDAD Y RENTABILIDAD A SU NEGOCIO

LISANDRO PEÑA NOSSA

SÉPTIMA EDICIÓN

Catalogación en la publicación - Biblioteca Nacional de Colombia

Peña Nossa, Lisandro

Contratos empresariales nacionales e internacionales : conozca los contratos que le darán estabilidad y rentabilidad a su negocio / Lisandro Peña Nossa. -- 7a ed. -- Bogotá : Ecoe Ediciones, 2022.

730 p. -- (Derecho. Derecho)

Contiene referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-503-260-6 -- 978-958-503-261-3 (e-book)

1. Contratos comerciales - Colombia 2. Contratos comerciales internacionales 3. Responsabilidad contractual I. Título II. Serie

CDD: 346.022 ed. 23 CO-BoBN– a1089251

Área: *Derecho*
Subárea: *Derecho*

ECOE
EDICIONES

© Lisandro Peña Nossa

► Ecoe Ediciones S.A.S.
info@ecoeediciones.com
www.ecoeediciones.com
Carrera 19 # 63C 32, Tel.: 919 80 02
Bogotá, Colombia

Sexta edición: Bogotá, marzo de 2017
Séptima edición: Bogotá, marzo del 2022

ISBN: 978-958-503-260-6
e-ISBN: 978-958-503-261-3

Directora editorial: Claudia Garay Castro
Coordinadora editorial: Paula Bermúdez B.
Corrección de estilo: Orlando Riaño
Diagramación: Yolanda Madero Tiria
Carátula: Wilson Marulanda Muñoz
Impresión: Carvajal Soluciones de Comunicación S.A.S.
Carrera 69 #15-24

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en Colombia - Todos los derechos reservados

A mi esposa, María Consuelo, y a mis hijos,
María Constanza y Luis Fernando

CONTENIDO

Parte Primera
Principios y régimen de los contratos nacionales e internacionales

Capítulo i. Los principios generales del derecho contractual 3
Concepto de principio 3
1. Autonomía de la voluntad 6
A. Reseña histórica 6
B. La autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano 6
C. La autonomía de la voluntad en el contexto internacional 9
D. Concepto 10
E. Límites a la autonomía de la voluntad 10
1. Orden Público Internacional 10
2. Fraude a la Ley 11
3. Dépecage 11
4. Rechazo del reenvío 12
F. La autonomía de la voluntad en los principios de Unidroit 12
2. Principio de la buena fe 14
A. El principio de la buena fe en el C. C. y en el C. de Co. colombianos 15
B. El principio de la buena fe en el iter contractual 16
a) Etapa precontractual 17
b) Etapa contractual 19
c) Etapa poscontractual 20
C. La buena fe en la interpretación del contrato 21
D. La buena fe y el derecho internacional 22
E. La buena fe en los principios de Unidroit 22
F. Prueba de la buena fe 22
G. Deber de confidencialidad 22
3. Abuso del derecho 23
A. Origen 23

B. Concepto y elementos 24
1) Subjetivos 26
2) Objetivos 26
3) Mixto o ecléctico 26
C. Características 26
D. Naturaleza jurídica 28
3.1 Cláusulas abusivas 30
A. Origen 30
B. Concepto y elementos 31
C. Características 32
3.2 Abuso de posición dominante 33
A. Origen 33
B. Concepto y elementos 34
3.3 La terminación del contrato como abuso del derecho en los contratos de larga duración 38
3.4 Abuso del derecho en los contratos de adhesión 40
4. Enriquecimiento sin causa 43
A. Origen 43
B. Concepto y elementos 45
C. Características 45
D. Naturaleza jurídica 46
5. Fraude a la ley 48
A. Origen y etimología 48
B. Concepto y elementos 49
C. Características 50
D. Naturaleza jurídica 51
Depecage 51
Rechazo del reenvío 51
E. Fraude a la Ley en concretos institutos jurídicos 51
a) Simulación 52
b) Acción pauliana 54
c) Desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo corporativo 56
6. Error Comun Hace Derecho (Error Communis Facit Jus) 58
A. Origen 58
B. Concepto y elementos 59
7. Teoría de la imprevisión 60
A. Teoría de la imprevisión en el derecho privado 60
a) Concepto 60
b) Efectos de la teoría de la imprevisión 60
c) La excesiva onerosidad («Hardship») en los principios de Unidroit 62
B. Teoría de la imprevisión en el derecho público 62
a. El hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión 64
C. Teoría de la imprevisión en el contrato de obra pública 65

Capítulo II. Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional 67
1. Importancia económica de los contratos mercantiles internacionales 67
2. «Lex mercatoria» o «ius mercatorum». Fuente del derecho internacional 67
A. Origen 67
B. Existencia en la lex mercatoria 69
C. «La lex mercatoria» o ius mercatorum, como ordenamiento jurídico 70
D. Ventajas y desventajas de la lex mercatoria 71
a) Ventajas 71
b) Desventajas 71
E. Definición de la lex mercatoria 71
F. Características de la lex mercatoria 72
G. Aplicación práctica de la lex mercatoria en Colombia 73
H. Principios de la lex mercatoria 73
I. Fuentes de la lex mercatoria 74
a) Usos y costumbres 74
b) Códigos de conducta 76
3. Empresas corporativas 77
A. Empresas multinacionales 77
a) Características 78
b) Clasificación 78
B. La empresa transnacional 78
a) Características 79
4. Contratos tipo 80
5. Tratados internacionales 80
6. Derecho internacional privado 80
A. Concepto 81
B. Justificación 82
C. Objeto 82
D. Finalidad 83
7. Derecho mercantil internacional 83
8. Naturaleza jurídica de la contratación mercantil internacional 83
9. Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional 84
A. El contrato internacional 84
B. Principios rectores 85
C. Regímenes de la contratación internacional 85
10. Criterios básicos para que un contrato sea considerado internacional 85
A. La Convención de Viena (11 de abril de 1980) 86
B. Los principios de Unidroit 86
C. Criterios objetivos para determinar cuándo un contrato es internacional 87
11. Cuándo es internacional un contrato 88
Caso 1. Empresarios ecuatorianos y colombianos 91
Caso 2. Empresa editorial mexicana y empresa comercializadora colombiana 91
Caso 3. Empresa colombiana y empresa estadounidense 91

Caso 4. Schulze Systems, empresa alemana y Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia 92
12. La ley aplicable a los contratos internacionales y a las partes 92
A. Autonomía de la voluntad 92
B. Falta de elección de la ley o derecho aplicable 94
C. La regla «locus regit actum» 95

CAPÍTULO III. PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES 97
1. Principios de Unidroit 97
1.1 Preámbulo 97
Propósito de los Principios 97
1.2 Resumen: Unidroit. Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Ministerio de Justicia y del Derecho – Dirección General de Asuntos Internacionales) 98
Internacionalidad del contrato 98
Mercantilidad del contrato 98
Los principios y los contratos entre particulares a nivel nacional 99
Los principios de Unidroit como un conjunto de reglas aplicables al contrato 99
Aplicación de los principios en lugar del derecho nacional 99

PARTE SEGUNDA
PRECONTRATO

CAPÍTULO I. PROMESA DE CONTRATO 103
1. Etimología y reseña histórica 103
A. En Roma 103
B. En Chile 103
C. En Colombia 104
2. Función económica 105
3. Concepto 105
4. Sujetos 105
5. Características 106
A. Consensual 106
B. Bilateral 106
C. Principal 107
D. Oneroso 107
E. Nominado 107
F. De libre discusión 107
G. Provisional y transitorio 107
6. Requisitos de la promesa 107

CAPÍTULO II. CONTRATO DE OPCIÓN 113
1. Marco normativo 113
2. Concepto y características 114
3. Requisitos de validez 115
4. Diferencias entre la opción y la promesa 116

Capítulo iii. Oferta y aceptación nacional e internacional 117
1. Etimología y reseña histórica 117
2. Función económica 117
3. Concepto 118
4. Características 118
5. Clases de oferta 120
A. Expresa 120
B. Tácita 121
C. A persona indeterminada 121
D. Exhibición de mercancías 122
E. Agotamiento de mercancías ofrecidas públicamente 122
F. Oferta pública de prestación o premio 122
G. Cumplimiento de las condiciones por varias personas 122
H. Licitaciones 123
6. Irrevocabilidad de la oferta 123
7. Caducidad de la oferta 124
A. El rechazo expreso de la oferta 124
B. La aceptación condicional o extemporánea 124
C. La expiración del término que tiene el destinatario para aceptar o rechazar 124
D. La muerte o incapacidad del proponente cuando atendida la naturaleza de la oferta la propuesta no pueda conservar su fuerza obligatoria 124
8. Concepto de aceptación 125
9. Forma de aceptación 125
10. Plazo para la aceptación 127
11. Concepto de oferta internacional 128
12. Efectos de la oferta internacional 128
13. Retiro y revocación de la oferta internacional 129
14. Aceptación de la oferta internacional 129
15. Aceptación que modifica las condiciones de la oferta 130
16. Retiro de la aceptación 130
17. Diferencias entre oferta nacional y oferta internacional 131
18. Diferencia entre la oferta, la opción y la preferencia 131

Capítulo iv. Cartas de intención 133
1. Concepto 133
2. Diferencia entre la carta de intención y el memorando de entendimiento 134

Capítulo v. Invitación a negociar 137
1. Concepto 137
2. Diferencias entre la oferta y la invitación a negociar 138

PARTE TERCERA
DE LOS CONTRATOS TÍPICOS O REGULADOS

CAPÍTULO I. LA COMPRAVENTA COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL 141
1. Etimología y reseña histórica 141
2. Función económica 142
3. Concepto 142
4. Características generales 144
A. Bilateral 144
B. Consensual o solemne 144
C. Oneroso 144
D. Principal 145
E. Nominado 145
F. De ejecución instantánea 145
5. Sujetos del contrato 145
A. Comprador 145
B. Vendedor 145
6. Requisitos para la validez del contrato 145
7. La cosa o bien 146
A. El objeto del contrato 146
B. Falta parcial de la cosa vendida 146
C. Venta de cosa presente 146
D. Venta de cosa futura 146
E. Venta de cosa ajena 147
F. Venta de un riesgo o de un álea 149
G. Susceptible de ser vendida 149
H. Que sea singular o determinada 149
8. Gastos en la compraventa 149
9. El precio 149
A. Determinación del precio por las partes 150
B. Determinación unilateral del precio 150
C. Determinación del precio por un tercero 150
D. Precio justo y precio irrisorio 150
E. Precio real 151
F. Precio en moneda extranjera 151
G. Lesión enorme en la compraventa 151
a) Características de la acción rescisoria por lesión enorme 153
b) Prueba de la lesión enorme 153
c) Efectos de la acción rescisoria 153
d) Extinción de la acción rescisoria 154
e) Reflexiones acerca de la lesión enorme: análisis comparado entre el tratamiento de la figura jurídica en Argentina y Colombia 158
10. Obligaciones de las partes 162
A. Del vendedor 162
a) Traditar la cosa objeto del contrato 162
b) Formas de tradición 163
c) Garantía de buen funcionamiento del bien 165

d) Responsabilidad por los vicios ocultos o redhibitorios del bien 167
e) Responsabilidad de saneamiento por evicción 169
f) Cesación de la obligación de saneamiento 171
g) Prescripción de la acción de saneamiento por evicción 171
B. Obligaciones del comprador 171
a) Pagar el precio 171
b) Recibir la cosa 172
11. Clases de compraventa 172
A. Venta a prueba o venta al gusto 172
B. Venta sobre muestras 173
C. Venta sobre muestras de calidad no determinada 173
D. Venta de establecimiento de comercio 173
E. Venta de automotores 174
F. Venta con reserva de dominio (arts. 951-958) 175
a) Efectos del pacto de reserva de dominio 176
b) Riesgos de la cosa vendida con reserva de dominio 177
c) Efectos en caso de no pago del precio 177
12. Pactos accesorios a la compraventa 178
A. Arras 178
B. Pacto de retroventa 179
C. Pacto comisorio 180
D. Pacto de preferencia 181
E. Pacto de mejor comprador o de «adictio in diem» 181
13. De la relación jurídica de los sujetos frente a los bienes 182
A. Propiedad 182
B. Tenencia 184
C. Posesión 184

Capítulo II. Compraventa internacional 187
1. Antecedentes 187
2. Función económica 188
3. Concepto 189
4. Perfeccionamiento del contrato 192
5. Obligaciones de las partes 192
A. Obligaciones del vendedor 192
a) Obligación de entrega 192
a') Contenido de la obligación 193
b) Obligación de conformidad 196
c) Plazo para hacer uso de la garantía 198
d) La obligación de saneamiento 199
B. Obligaciones del comprador 200
C. La obligación de recibir 201
6. Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de las partes 202
A. Incumplimiento esencial 202
a) Características 202
b) Opciones del comprador ante el incumplimiento del vendedor 203
B. Derechos del vendedor frente al incumplimiento del comprador 204

7. Disposiciones comunes a las partes 205
A. Efectos de la resolución del contrato 205
B. Diferir el cumplimiento de las obligaciones del contrato 207
C. Exoneración de cumplir las obligaciones derivadas del contrato 207
D. Acuerdo de las partes para la modificación o extinción del contrato 207
8. Contratar el transporte y pagar un seguro 208
A. Contratar el transporte 208
B. Contratar un seguro 208

CAPÍTULO III. CONTRATO DE PERMUTA 209
1. Reseña histórica 209
2. Función económica 210
3. Concepto 210
4. Características 210
A. Bilateral 210
B. Consensual 211
C. Oneroso 211
D. Conmutativo 211
E. Principal 211
F. Ejecución instantánea 211
G. Nominado 211
5. Sujetos 211
6. Obligaciones 212

CAPÍTULO IV. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL 213
1. Aspectos generales 213
2. Etimología y reseña histórica 214
3. Función económica 214
4. Concepto 215
5. Características 215
A. Bilateral 215
B. CSonsensual 215
C. Oneroso 215
D. Conmutativo 215
E. De ejecución sucesiva 215
F. Principal 216
G. Nominado 216
6. Sujetos 216
7. Objeto 216
8. Precio 216
9. Obligaciones y derechos del arrendador 216
A. Entregar la cosa arrendada 216
B. Mantener la cosa en buen estado de funcionamiento 217
C. Obligación de saneamiento 218
D. Derecho a obtener la restitución del local 218
10. Obligaciones y derechos del arrendatario 219
A. Uso de la cosa arrendada 219
B. Conservación y entrega del local comercial 220

C. Pagar el precio o renta ... 220
D. Renovación del contrato de arrendamiento ... 221
E. Derecho de preferencia ... 222
F. Derecho del arrendatario de subarrendar ... 223
G. Cesión del contrato de arrendamiento ... 224
H. Derecho de indemnización ... 224
I. Derecho de retención ... 225
11. Diferencias entre el contrato de arrendamiento regido por el código civil y código de comercio ... 226
12. Falacias existentes en la regulación del contrato de arrendamiento de local comercial ... 227
A. Falacias del contrato de arrendamiento de local comercial ... 228
a) Contrato de arrendamiento de local comercial por término inferior a dos años ... 228
b) Justa causa para la terminación del contrato por parte del arrendatario antes del vencimiento ... 229
c) Subarriendo ... 230
d) Desahucio ... 230
e) Libertad de destinación del local comercial ... 231
f) Renovación ... 232
g) Canon de arrendamiento ... 234
h) Contrato mixto: confluencia del contrato de arrendamiento de local comercial y del contrato de vivienda, en las mismas partes y en el mismo inmueble ... 234
i) Cláusula compromisoria ... 235
B. La claudicación del contrato de arrendamiento de local comercial ante tipos contractuales que resuelven sus deficiencias ... 235
a) Inclinación por el contrato de concesión de espacio comercial ... 235
b) Inclinación por el contrato de cuentas en participación ... 236

Capítulo v. Contrato de transporte de cosas ... 239
1. Etimología y reseña histórica ... 239
2. Modalidades de transporte ... 240
A. Transporte terrestre ... 240
B. Transporte marítimo ... 240
C. Transporte aéreo ... 240
D. Transporte multimodal y combinado ... 240
3. Función económica ... 241
4. Concepto ... 241
5. Características generales ... 242
6. Sujetos ... 243
7. Obligaciones del remitente ... 243
8. Derechos del remitente (C. de Co., art. 1023) ... 244
9. Obligaciones del transportador ... 244
10. Responsabilidad del transportador ... 245
11. Obligaciones del destinatario ... 249
12. Derechos del destinatario (C. de Co., art. 1024) ... 249

CAPÍTULO VI. CONTRATO DE SUMINISTRO 251
1. Etimología y reseña histórica 251
2. Función económica 251
3. Concepto 252
4. Sujetos 252
5. Características 253
A. Bilateral 253
B. Oneroso 253
C. Consensual 253
D. Tracto sucesivo 253
E. Principal 253
F. Nominado 253
G. Conmutativo 253
H. Es de libre discusión 253
I. Es de duración 253
6. Elementos esenciales 253
A. Objeto 253
B. Volumen y periodicidad de las prestaciones 254
a) Con relación a la cantidad 254
C. El precio 254
a) Cuándo se debe realizar el pago del precio 255
b) Con relación al plazo para realizar las prestaciones (art. 972, C. de Co.) 255
7. Cláusulas especiales 255
A. Pacto de exclusividad 255
B. Cláusula de preferencia 259
8. Incumplimiento Cesión y terminación del contrato 259
A. Incumplimiento del contrato 259
B. Cesión del contrato 259
9. Normas aplicables al contrato de suministro 262

CAPÍTULO VII. CONTRATO DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN 263
1. Reseña histórica 263
2. Función económica 263
3. Concepto 264
4. Sujetos 264
5. Características 264
A. Consensual 264
B. Bilateral o plurilateral 264
C. Conmutativo 264
D. Principal 264
E. Típico 264
F. Tracto sucesivo 264
G. De colaboración 264
a) Contrato de colaboración 265
b) Las partes del contrato – Partícipes activos o gestores vs. partícipes inactivos u ocultos 265
c) En un contrato consensual 265

d) Los aportes 266
e) Naturaleza jurídica – contrato bilateral vs. plurilateral: 266
6. Caracteres esenciales de las cuentas en participación 267
7. Obligaciones del partícipe activo o gestor y del partícipe oculto 269
A. Del partícipe activo 269
B. Del partícipe oculto 269
8. Causales de terminación 271
9. Diferencias de las cuentas en participación y las sociedades comerciales 271

Capítulo viii. Contrato de mutuo 273
1. Etimología 273
2. Reseña histórica 273
3. Función económica 273
4. Concepto 273
5. Características 274
A. Unilateral 274
B. Real 274
C. Gratuito 275
D. Recae sobre cosas fungibles 275
E. Principal 275
F. Nominado 275
6. Disposición de la cosa mutuada 275
7. Requisitos 275
8. Obligaciones de las partes 276
A. Del mutuante 276
B. Del mutuario 276
9. Préstamo con interés 277
10. Mutuo en materia mercantil 278
11. Onerosidad del mutuo mercantil 279
12. Obligaciones de las partes 279
A. Del mutuante 279
B. Del mutuario 279
C. Obligación de pagar intereses 280
13. Clases de intereses 282
A. Remuneratorios 282
B. Moratorios 282
C. Legales 282
D. Convencionales 282
E. Efectivos 282
F. Nominal 282
14. Clases de tasas de interés 283
A. Tasa de interés corriente 283
B. Tasa de interés bancario corriente 283
C. Tasa de interés en créditos ordinarios de libre asignación 283
D. Tasa de interés anticipado 283
E. Tasa de interés vencido 283
15. Quién fija las tasas máximas de interés 283

A. Intereses máximos remuneratorios que pueden cobrar o pagar los establecimientos de crédito 283
B. Intereses máximos moratorios que pueden cobrar los establecimientos de crédito 283
16. Interés de usura 284
17. Intereses sobre intereses 284
18. Reajuste de intereses cuando se han estipulado en una tasa fija y l
a Superintendencia Financiera certifica una tasa inferior 285
19. Contrato de promesa de mutuo 286
20. Diferencia entre el mutuo y el comodato 286

CAPÍTULO IX. CONTRATO DE CONSIGNACIÓN O ESTIMATORIO 287
1. Reseña histórica 287
2. Función económica 287
3. Concepto 287
4. Sujetos 288
A. Consignante 288
B. Consignatario 288
5. Características 288
A. Bilateral 288
B. Real 289
C. Traslaticio de dominio 289
D. Oneroso 289
E. De ejecución sucesiva 289
F. Principal 289
G. Nominado 289
H. Conmutativo o Aleatorio 289
6. Objeto 289
7. Naturaleza jurídica 290
8. Aspectos relevantes de esta figura contractual 290
9. Obligaciones de las partes 291
A. Obligaciones del consignante («tradens») 291
a) Entregar al consignatario las mercancías objeto del contrato 291
b) Pagar la comisión acordada 291
c) Recibir la cosa 291
B. Obligaciones del consignatario («accipiens») 291
a) Recibir la cosa 291
b) Entregar la cosa 291
c) Obligación de conservar las mercancías 291
d) Obligación de vender las mercancías 292
e) Obligación de pagar el precio 292
10. Terminación del contrato 292

CAPÍTULO X. CONTRATO DE EDICIÓN 293
1. Reseña histórica 293
2. Concepto 294
3. Sujetos 294

A. El titular del derecho de autor ... 294
B. El editor ... 297
4. Características ... 297
A. Consensual ... 297
B. Bilateral ... 297
C. Oneroso ... 297
D. Principal ... 297
E. Nominado ... 297
F. Ejecución instantánea ... 297
5. Obligaciones de las partes ... 298
A. Obligaciones del titular del derecho de autor ... 298
a) Entrega de la obra ... 298
b) Entrega de originales ... 298
c) Correcciones y adiciones ... 298
B. Obligaciones del editor ... 298
a) En cuanto a los ejemplares y su edición ... 298
b) En cuanto al pago de regalías ... 299
c) Otras obligaciones ... 299
6. Derechos de las partes ... 299
A. Derechos del titular del derecho de autor ... 299
B. Derechos del editor ... 300
7. Terminación del contrato ... 300

Capítulo xi. Contrato de transacción ... 303
1. Reseña histórica ... 303
2. Concepto ... 304
3. Sujetos del contrato ... 306
A. Características ... 306
B. Obligaciones de las partes ... 307
4. De lo que es y no es susceptible de transacción ... 307
A. Lo que es susceptible de transacción ... 307
B. Lo que no es susceptible de transacción ... 307
5. Efectos de la transacción ... 309
A. Cosa juzgada ... 309
B. Relatividad ... 309
C. Cláusula penal ... 310

Parte cuarta
Contratos de intermediación

Introducción ... 313

Capítulo i. Contrato de mandato ... 315
1. Etimología y reseña histórica ... 315
2. Función económica ... 315
3. Concepto ... 316
4. Sujetos ... 316

5. Características ... 316
A. Bilateral ... 316
B. Consensual ... 317
C. Oneroso ... 317
D. Principal ... 317
E. Nominado ... 317
F. De ejecución instantánea o de tracto sucesivo ... 317
6. Objeto ... 317
7. Obligaciones y derechos de las partes ... 318
A. Obligaciones del mandante ... 318
B. Obligaciones del mandatario ... 319
8. Derecho de las partes ... 323
A. Derechos del mandante ... 323
B. Derechos del mandatario ... 323
9. Responsabilidad del mandatario ... 324
A. Mandato colectivo ... 326
B. Terminación del contrato de mandato ... 326
10. Diferencia entre el mandato y la representación ... 329
11. Gestiones que no son mandato ... 330
A. Mandato y sociedad ... 330
B. Mandato y corretaje ... 330
C. Mandato y agencia oficiosa ... 330

CAPÍTULO II. MANDATO CON REPRESENTACIÓN ... 331
1. Etimología y reseña histórica ... 331
2. Función económica ... 331
3. Concepto ... 332
4. Clases de representación ... 332
5. Sujetos ... 333
6. Objeto ... 333
7. Elementos esenciales ... 333
A. Preexistencia del poder ... 333
B. Es un acto unilateral del representante ... 334
C. Que el negocio admita representación ... 334
D. Identidad entre el poder y el negocio representativo ... 334
E. El negocio representativo no puede ir en contra del representado ... 334
8. Efectos de la representación ... 335
9. Facultades del representante ... 335
A. Negocio fuera del objeto social ... 336
B. Extralimitación de facultades ... 336
10. Representación aparente ... 336
11. Prohibiciones a representantes ... 337
12. Ratificación ... 338

CAPÍTULO III. AGENCIA COMERCIAL ... 339
1. Etimología y reseña histórica ... 339
2. Función económica ... 339

3. Concepto 340
4. Elementos tipificadores de la agencia comercial 340
A. La independencia en la actividad del agente 340
B. La estabilidad en la actividad del agente 342
C. El encargo de promover o explotar negocios 343
D. La actuación del agente por cuenta del empresario 344
E. Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario 348
5. Partes 350
6. Características 350
A. Bilateral 350
B. Consensual 350
C. Oneroso 351
D. Principal 351
E. Nominado 351
F. De ejecución sucesiva 351
G. Verbal o escrito 351
H. Colaboración 351
7. Objeto 351
8. Requisitos legales de su eficacia 352
9. Obligaciones de las partes 353
A. Obligaciones del agente 353
B. Obligaciones del empresario 354
10. Pacto de exclusividad 355
11. Terminación del contrato de agencia 356
A. Por parte del empresario 356
B. Por parte del agente 356
12. Efectos por la terminación 357
13. Derecho de retención 360
14. Agencia mercantil de hecho 361
15. Ley aplicable al contrato de agencia internacional 362
16. La agencia comercial y el contrato de suministro 364
17. Prescripción de las acciones 365
18. Proyecto de ley para la regulación de la agencia comercial de bienes 365

Capítulo iv. Preposición 369
1. Etimología y reseña histórica 369
2. Función económica 370
3. Concepto 370
4. Sujetos 370
A. Preponente 370
B. Factor 370
5. Características 371
A. Bilateral 371
B. Consensual 371
C. Oneroso 371
D. De ejecución sucesiva 371
E. Principal 371

6. Obligaciones del factor 371
7. Responsabilidad del factor 372
8. Terminación 372
9. ¿El contrato de preposición con persona natural es un contrato laboral? 373

CAPÍTULO V. CORRETAJE 375
1. Etimología y reseña histórica 375
2. Función económica 375
3. Concepto 376
4. Naturaleza Jurídica del contrato 376
5. Sujetos 376
A. Corredor 376
B. Interesado 377
6. Contrato de corretaje 377
7. Características del contrato 377
A. Consensual 377
B. Plurilateral 378
C. Oneroso 378
D. Típico 378
E. Principal 378
F. De colaboración 378
G. Es aleatorio 378
H. De ejecución instantánea 378
8. Obligaciones de las partes 378
A. Del interesado 378
B. Del corredor 379
9. Responsabilidad del corredor 383
10. Extinción del contrato 383
11. Diferencia entre el contrato de comisión y el de corretaje 383

CAPÍTULO VI. COMISIÓN 385
1. Etimología y reseña histórica 385
2. Función económica 385
3. Concepto 386
4. Sujetos 386
5. Características 386
A. Bilateral 386
B. Oneroso 387
C. Principal 387
D. Nominado 387
E. De ejecución sucesiva o instantánea 387
F. De colaboración 387
G. Intuitu Personae 387
6. Objeto 387
7. Obligaciones del comitente 387
A. Proveer los dineros 387
B. Pagar remuneración al comisionista 388

C. Poner a disposición del comisionista todo lo necesario para que pueda llevar a cabo el mandato ... 388
D. Resarcir los gastos que haya efectuado el comisionista ... 388
8. Obligaciones del comisionista ... 388
9. Incumplimiento de las obligaciones contractuales ... 390
10. Derechos y facultades del comitente ... 391
11. Derechos y facultades del comisionista ... 391
12. Derecho de retención ... 392
13. Responsabilidad del comisionista ... 392
14. Terminación de la comisión ... 393
15. Clases de comisión ... 393
A. Comisión de garantía ... 393
B. Comisión representativa ... 393
C. Comisión de bolsa ... 394
D. Comisión de transporte ... 396

Parte quinta
Contratos de hacer

Introducción ... 399

Capítulo i. Contrato de obra ... 401
1. Origen ... 401
2. Función económica ... 401
3. Concepto ... 402
4. Elementos ... 402
A. Es un acto jurídico ... 402
B. La realización o ejecución de una obra material ... 402
C. Remuneración ... 402
D. Independencia y autonomía de quien realiza la obra ... 403
5. Características ... 403
A. Consensual ... 403
B. Bilateral ... 403
C. Oneroso ... 404
D. Conmutativo ... 404
E. Principal ... 404
F. Nominado ... 404
6. Obligaciones de las partes ... 404
A. Del artífice ... 404
B. Del dueño ... 405
a) Pagar el precio de la obra ... 405
b) Colaborar con el artífice en la confección de la obra ... 405
c) Recibir la obra ... 405
7. Riesgos de los materiales ... 406
8. ¿Existe diferencias entre el contrato de obra civil y el contrato de obra pública? ... 406

CAPÍTULO II. CONCESIÓN COMERCIAL 409
1. Etimología y reseña histórica 409
2. Función económica 409
3. Concepto 410
4. Sujetos 410
A. Concedente 410
B. Concesionario 410
5. Características 410
A. Consensual 410
B. Bilateral 410
C. Conmutativo 410
D. De tracto sucesivo 411
E. Intuitu personae 411
F. Oneroso 411
G. Atípico 411
H. De adhesión 411
6. Efectos del contrato 411
A. Dirección técnica por parte del concedente 411
B. Exclusividad 412
C. Duración del contrato 412
7. Obligaciones de las partes 412
A. Concedente 412
B. Concesionario 413
8. La responsabilidad 415
A. Responsabilidad del concesionario 415
B. Responsabilidad del concedente 416
C. El derecho de repetición contra el concedente 416
9. Terminación del contrato 416
A. Expiración del término de duración 416
B. Terminación unilateral 417
C. Insolvencia de una de las partes 417
10. Clases de concesión 417
A. Concesión de obras públicas 417
B. Concesión propiamente dicha 419
C. Concesión de espacio 419

CAPÍTULO III. CONTRATO DE MAQUILA 421
1. Origen de la palabra maquila 421
2. Función económica 422
3. Concepto 422
4. Sujetos 422
5. Objeto y características 423
A. Objeto 423
B. Características 423
a) Consensual 423
b) Bilateral 423
c) Oneroso 423

d) De naturaleza mixta 423
e) Atípico 423
6. Obligaciones de las partes 424
A. Del maquilante o productor 424
B. Del maquilador, procesador o industrial 424
7. Conclusión 424

Capítulo iv. Contrato de llave en mano 425
1. Función económica 425
2. Concepto 425
3. Sujetos 426
4. Características 426
A. Consensual 426
B. Bilateral 426
C. Oneroso 426
D. Principal 426
E. Atípico 426
F. De ejecución instantánea 427
G. Conmutativo 427
H. Financiación 427
5. Elementos esenciales 427
A. Pluralidad de prestaciones 427
B. El traslado de los riesgos 427
6. Objeto del contrato 427
7. Obligaciones de las partes 428
A. Contratista 428
B. Contratante 428
8. Derechos de las partes 428
9. Causales de terminación 428

Capítulo v. Contrato de colaboración empresarial 429
1. Aspectos generales 429
A. Introducción 429
B. Concepto 430
C. Características de los contratos de colaboración 430
a) Bilaterales o plurilaterales 430
b) No hay personalidad jurídica 431
c) No hay obligaciones recíprocas 431
d) Interés común en la actividad 431
e) Las prestaciones de las partes son independientes 431
f) No hay aportes sino contribuciones 431
g) Duración 431
h) Nulidad 432
i) Responsabilidad ante terceros 432
2. «Joint Venture» 432
A. Etimología 432
B. Reseña histórica 432

C. Función económica ... 433
D. Concepto ... 433
E. «Corporations» y otras asociaciones ... 433
F. Características del contrato ... 434
a) Atípico ... 434
b) Consensual ... 434
c) Oneroso ... 434
d) Colaboración ... 434
e) Ejecución sucesiva ... 434
f) Plurilateral ... 434
G. Elementos esenciales del «Joint Venture» ... 434
a) La agrupación de personas naturales o jurídicas ... 434
b) No se crea una persona jurídica distinta ... 435
c) Mantenimiento de la autonomía operativa, económica y jurídica ... 435
d) «Animus cooperandi» ... 435
e) Gestión conjunta ... 435
f) Debe ser para la ejecución de un proyecto ... 435
g) El pago de aportes ... 436
H. Derechos de las partes ... 436
I. Obligaciones de las partes ... 436
J. Clases de «Joint Venture» ... 436
3. Consorcios y uniones temporales ... 436
A. Consorcio ... 437
a) Etimología ... 437
b) Concepto ... 437
B. Unión temporal ... 438
a) Etimología ... 438
b) Concepto ... 438
4. Contrato de coworking ... 440
A. Reseña histórica ... 440
B. Concepto ... 441
C. Tipos de coworking ... 442

PARTE SEXTA
CONTRATOS ATÍPICOS O NO REGULADOS

1. Antecedentes ... 445
2. Concepto ... 445
3. Los contratos atípicos en el siglo XXI ... 445
4. Interpretación de los contratos atípicos ... 446

CAPÍTULO I. DISTRIBUCIÓN ... 449
1. Etimología y reseña histórica ... 449
2. Función económica ... 450
3. Concepto ... 450
4. Objeto ... 451
5. Sujetos ... 451

6. Características ... 452
A. Bilateral ... 452
B. Oneroso ... 452
C. Conmutativo ... 452
D. Consensual ... 452
E. Atípicos ... 452
F. Colaboración ... 452
G. Intuitu personae ... 452
H. Tracto sucesivo ... 452
7. Aspectos caracterizantes del contrato ... 452
A. Ejecución ... 452
B. Delimitación de zona de distribución ... 452
C. Exclusividad ... 453
8. Contratos de distribución propiamente dicha ... 453
9. Obligaciones y derechos de las partes ... 454
A. Obligaciones del concedente ... 454
B. Obligaciones del distribuidor ... 454
C. Derechos del distribuidor o concedente ... 455
D. Derechos del distribuidor ... 455
10. Terminación del contrato ... 455
A. Vencimiento del plazo ... 455
B. Por terminación unilateral ... 455
C. La insolvencia de una de las partes ... 455
11. Diferencias entre el contrato de distribución y el de concesión y agencia ... 456

Capítulo ii. La franquicia ... 457
1. Etimología y reseña histórica ... 457
2. Función económica ... 458
A. Aspectos positivos ... 458
B. Aspectos negativos ... 458
3. Concepto ... 458
4. Sujetos ... 463
5. Características ... 463
A. Consensual ... 463
B. Oneroso ... 463
C. Bilateral ... 463
D. De ejecución o tracto sucesivo ... 463
E. «Intuitu personae» ... 463
F. De cooperación ... 463
G. Atípico ... 463
H. Colaboración ... 464
I. De adhesión ... 464
6. Elementos esenciales del contrato ... 464
A. Licencia de uso de derechos de propiedad industrial ... 464
B. El know how. Savoir-faire o saber-hacer ... 464
C. Remuneración a cargo del franquiciado ... 466
7. Obligaciones de las partes ... 466

A. Obligaciones del franquiciante 466
B. Obligaciones del franquiciado 467
8. Diversas formas de franquicia 468
A. Franquicia de servicio 468
B. Franquicia de producción o industrial 468
C. Franquicia de distribución 469
D. Master Franquicias 470
E. Franquicias de Concesión de espacio 470
9. Legislación aplicable al contrato de franquicia nacional e internacional 470
10. Terminación del contrato de franquicia 471
11. Efectos de la terminación del contrato 472
12. Diferencias con otros contratos (agencia, distribución y licencia) 472
A. Franquicia y agencia 472
B. Franquicia y suministro 472
C. Franquicia y licencia de patente 473

CAPÍTULO III. CONTRATO DE LICENCIA DE USO DE LA MARCA 475
1. Función económica 475
2. Concepto 475
3. Sujetos 476
A. Licenciante o concedente 476
B. Licenciatario o concesionario 476
4. Características 476
A. Bilateral 476
B. Solemne 476
C. Oneroso 476
D. Principal 476
E. Nominado 476
F. De ejecución sucesiva 477
G. Colaboración 477
H. Autónomo 477
I. Exclusividad 477
J. Duración 477
5. Objeto del contrato 477
6. Obligaciones de las partes 477
A. Del licenciante 477
B. Del licenciatario 477
7. Derechos de las partes 478
A. Del licenciante 478
B. Del licenciatario 478
8. Cómo se prueba el uso de la marca 478
9. Terminación del contrato 478

CAPÍTULO IV. CONTRATO DE «KNOW HOW» 479
1. Etimología y reseña histórica 479
2. Función económica 479
3. Concepto 480

4. Sujetos ... 481
5. Objeto del contrato ... 481
6. Características ... 481
A. Principal ... 481
B. Bilateral y sinalagmático ... 481
C. Formal ... 481
D. De tracto sucesivo ... 481
E. Es atípico e innominado ... 481
F. Es exclusivo ... 482
G. Conmutativo ... 482
H. Oneroso ... 482
7. Obligaciones de las partes ... 482
8. Derechos de las partes ... 482
9. Causales de terminación ... 483
10. El know how y otros contratos ... 483

Capítulo v. Contrato de «outsourcing» ... 485
1. Etimología y reseña histórica ... 485
2. Función económica ... 485
3. Concepto ... 486
4. Sujetos ... 486
5. Características ... 486
A. Consensual ... 486
B. Bilateral ... 486
C. Oneroso ... 486
D. Tracto sucesivo ... 486
E. Autónomo ... 486
F. Atípica ... 486
6. Causa del contrato ... 486
7. Objeto del contrato ... 487
8. Etapas del contrato ... 487
A. Planeación ... 487
B. Transición ... 487
C. Ejecución del contrato ... 487

parte septima
Contratos financieros

Capítulo i. Fiducia mercantil ... 491
1. Etimología y reseña histórica ... 491
A. El origen romano de la fiducia ... 491
B. El origen anglosajón de la fiducia ... 492
2. Función económica ... 493
3. Concepto ... 493
4. Sujetos ... 494
A. Fideicomitente, constituyente o seltor ... 494
B. El fiduciario (trustee) ... 494
C. El beneficiario o fideicomisario (cestui que trust) ... 494

5. Características 495
A. Consensual 495
B. Solemne 495
C. Plurilateral 495
D. De tracto sucesivo 495
E. Oneroso 495
F. Típico 495
G. Principal 496
H. El fiduciario debe ser un gestor profesional 496
6. Contratos fiduciarios 504
A. Fiducia mercantil 504
B. Encargo fiduciario 504
C. Fiducia pública 504
7. Obligaciones del fiduciario 504
A. Manejo de los bienes 504
B. Hacer un inventario 504
C. La formación del patrimonio autónomo o especial 504
D. Llevar la representación judicial y extrajudicial de los bienes 505
E. Rendir cuentas de su gestión 505
F. Entregar los bienes a quien corresponda 505
8. Obligaciones del fiduciante o fideicomitente 505
A. Pagar la remuneración al fiduciario 505
B. Reembolsar los gastos 505
9. Derechos del fiduciante 505
A. Los que se hubiere reservado 506
B. Revocar el fideicomiso 506
C. Remoción del fiduciario 506
D. Devolución de los bienes 506
E. Rendición de cuentas 506
10. Derechos del beneficiario 507
11. Terminación de la fiducia 507
12. Principales productos y negocios fiduciarios 508
A. Fideicomiso de inversión 508
a) Fideicomisos de inversión específicos 508
b) Fondos, llamados de inversión 508
c) Modalidades de los fondos 508
B. Fiducia de administración 509
a) De emisiones de bonos o de papeles comerciales 509
b) Fiducia de administración y pagos 509
C. La fiducia inmobiliaria 510
D. Fiducia de titularización (Ley 45 de 1990) 510
E. Fiducia en garantía 510
13. La fiducia en garantía y la nueva ley de garantías mobiliarias 512
14. Alcance del artículo 1238 del Código de Comercio 513

Capítulo II. «Underwriting» 515
1. Etimología y reseña histórica 515
2. Función económica 515
3. Concepto 516
4. Partes del contrato 517
A. Entidad emisora 517
B. El suscriptor 517
C. El «underwriter» 517
5. Características 517
A. Bilateral 517
B. Consensual 517
C. Oneroso 517
D. Conmutativo 517
E. Innominado 518
F. De ejecución instantánea o de tracto sucesivo, según la modalidad 518
6. Modalidades del contrato de «underwriting» 518
A. El «underwriting» en firme 518
B. «Underwriting» con garantía de suscripción 519
C. «Underwriting» de mejor esfuerzo 519
D. «Underwriting» todo o nada 520

Capítulo III. «Factoring» 521
1. Etimología y reseña histórica 521
2. Función económica 521
3. Concepto 522
4. Sujetos 524
5. Características 524
A. Bilateral 524
B. Consensual 524
C. Oneroso 524
D. Principal 524
E. Atípico 524
F. De ejecución sucesiva 524
G. De adhesión 524
6. Condiciones 525
A. «Factoring» con recurso 525
B. «Factoring» con notificación 525
7. Clases de «Factoring» 525
A. Al vencimiento 525
B. A la vista 525
C. «Factoring» sin notificación 525
D. «Factoring» internacional 525
8. Servicios complementarios 526
9. Obligaciones del factor 526
10. Obligaciones del adherente 526

CAPÍTULO IV. «LEASING» FINANCIERO 527
1. Etimología y reseña histórica 527
2. Función económica 528
3. Concepto 528
4. Características 529
A. Consensual 529
B. Bilateral 529
C. Principal 529
D. Oneroso 529
E. Es conmutativo 529
F. De tracto sucesivo 529
G. De adhesión 529
5. Sujetos 530
6. Obligaciones de las partes 530
A. Obligaciones de la compañía de «leasing» 530
B. Obligaciones del arrendatario, locatario o usuario 530
7. Opción de compra 531
8. Terminación del contrato 533
9. Clases de «leasing» 533
10. Convención uniforme sobre «leasing» internacional Unidroit 536
11. Convención de Ottawa 536
A. Definición 536
B. Regulación de los contratos 537
C. Normas de orden público internacional 537
D. Cláusulas dispositivas más frecuentes en los contratos de «leasing» 538
12. Cobertura de los riesgos asociados al «leasing» internacional y agencias internacionales 540
A. Descripción de los riesgos 540
B. Pérdidas derivadas de expropiación o medidas similares 540
C. Guerra, revolución y desórdenes civiles 540
D. Daños resultantes del incumplimiento de contratos 540
E. Entidades aseguradoras 540
13. Modalidades del contrato de «leasing» internacional 541
A. Operación directa y pura 541
B. «Leasing» internacional y «subleasing» 542
C. Representación en el «leasing» internacional 542
D. Comunidad o copropiedad con una sociedad extranjera de «leasing» extranjero 543

PARTE OCTAVA
CONTRATOS ELECTRÓNICOS

CAPÍTULO I. CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS 547
1. El comercio electrónico: facilitador de las relaciones contractuales 548
2. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos 549
3. Equivalencia funcional entre mensaje de datos y escrito 549
4. Sustitución de la firma por métodos que permiten identificar quién genera o emite un mensaje de datos (firma electrónica) 550

A. Métodos de firma electrónica 551
a) El «password» o clave personal 551
b) Las características biológicas 551
c) Los sistemas de encriptación asimétrica 551
5. Firma digital y firma manuscrita, respaldo de la firma digital por medio de certificados digitales 552
A. Características 552
B. ¿Cómo opera el certificado digital? 553
6. Atribución de autoría de los mensajes de datos y admisión de su contenido 555
A. Atribución de los mensajes de datos (art. 16) 555
B. Presunción del origen de un mensaje de datos (art. 17) 555
C. Concordancia entre el mensaje de datos enviado y el mensaje de datos recibido (art. 18) 555
D. Acuse de recibo (Ley 527 de 1999, art. 20) 556
E. Atributos jurídicos de una firma digital (art. 28) 556
7. Documento original cuando se utilizan mensajes de datos 556
8. Valor probatorio de los mensajes de datos 558
9. Consecuencias jurídicas de los mensajes de datos 559
10. Tiempo y lugar del envío y recepción de los mensajes de datos 559
A. Tiempo de envío y recepción de los mensajes de datos 560
B. Lugar de envío y recepción de los mensajes de datos 560
11. La oferta y la aceptación en los contratos celebrados por medios electrónicos 561
A. La oferta 562
B. Aceptación 563

Parte novena
De las garantías reales en los contratos empresariales

Capítulo i. Hipoteca mercantil 567
1. Función económica 567
2. Concepto 567
3. Características 569
A. Solemne 569
4. Sujetos 571
A. Acreedor Hipotecario 571
B. Derechos del acreedor hipotecario 571
a) De persecución 571
b) De preferencia 572
c) Mejora de hipoteca 573
C. Deudor hipotecario 574
D. Derechos del deudor hipotecario 574
E. Derechos de terceros 574
5. Requisitos para la validez del contrato 575
A. Capacidad 575
B. Consentimiento 576
C. Objeto 576
D. Validez de los requisitos de ley 577
6. Modalidades de hipotecas 577

A. Celebradas en el extranjero ... 577
B. Sujetas a condición o plazo ... 577
C. Previa o ulterior ... 578
D. De cuantía limitada o Hipoteca cerrada ... 578
E. De cuantía Indeterminada o Hipoteca abierta ... 578
F. Bienes futuros ... 579

CAPÍTULO II. GARANTÍAS MOBILIARIAS ... 581
1. Características ... 581

CAPÍTULO III. PRENDA MERCANTIL ... 583
1. Función económica ... 583
2. Concepto ... 583
A. Principios ... 584
3. Modalidades de prenda mercantil ... 584
A. Prenda con tenencia ... 584
B. Prenda sin tenencia ... 584
4. Características ... 584
A. Es consensual ... 584
B. Es solemne ... 585
C. Es nominado ... 586
D. Es accesorio ... 586
5. Sujetos ... 586
A. Acreedor prendario ... 586
B. Derechos del acreedor prendario ... 586
C. Deudor prendario ... 587
D. Derechos del deudor prendario ... 587
E. Derechos de terceros ... 587
6. Requisitos de validez del contrato ... 587
A. Capacidad ... 587
B. Objeto ... 588
C. Consentimiento ... 588
7. Formalidades de las garantías mobiliarias ... 588
8. Prescripción de la prenda ... 589

CAPÍTULO IV. ANTICRESIS ... 591
1. Función económica ... 591
2. Concepto ... 592
3. Sujetos del contrato ... 593
A. El acreedor anticrético ... 593
B. El deudor anticrético ... 593
4. Características ... 593
A. Es real ... 593
B. Es bilateral ... 593
C. Es accesorio ... 593
D. Es nominado ... 594
E. Es de tracto sucesivo ... 594
5. Obligaciones de las partes ... 594

A. Obligaciones del acreedor anticrético 594
B. Obligaciones del deudor anticrético 595
6. Derechos de las partes 595
A. Derechos del acreedor anticrético 595
B. Derechos del deudor anticrético 596
7. Restricciones de las partes 596
A. Restricciones del acreedor anticrético 596
B. Restricciones del deudor anticrético 596
C. Otros actos de las partes 596

Capítulo v. Derecho de retención 597
1. Aplicación del derecho de retención 597

Capítulo vi. Depósito en garantía 599
1. Función económica 599
2. Concepto 599
3. Sujetos 600
4. Ventajas y desventajas del depósito dinerario en garantía 600

Capítulo vii. Arras 601
1. Características 601

Parte decima
De las garantías personales en los contratos empresariales

Capítulo i. Fianza mercantil 605
1. Función económica 605
2. Concepto 605
3. Sujetos 606
4. Fianza solidaria 606
5. Confianza 606

Capítulo ii. Codeudor o deudor solidario 607

Capítulo iii. Aval 609
1. Etimología 610
2. Origen del aval 610
3. Función económica 610
4. Naturaleza jurídica 610
5. Concepto 613
6. Sujetos 615
A. El avalista 615
B. El avalado 616
7. Características 617
A. Debe constar por escrito 617
B. El nacimiento del aval se subordina a la existencia previa de una obligación cambiaria 617
C. El avalista contrae obligación principal y autónoma 617

8. Formalidades 619
9. En qué lugar debe incorporarse el aval 620
10. Forma en la que se debe expresar el aval 621
11. La firma del avalista 622
12. Inobservancia de las formalidades del aval 622
13. Excepciones del avalista frente al tenedor 622
14. Cuando se extingue la obligación del avalista 623
15. La firma por acomodamiento 623
16. El aval y la fianza 624
17. El aval y el endoso 625
18. El avalista en los títulos valores 626

CAPÍTULO IV. TÍTULOS VALORES EN BLANCO 627
1. Concepto 628
A. La firma 628
B. El título con espacios en blanco o absolutamente en blanco 628
C. Las instrucciones o autorizaciones 631
2. Aspectos relacionados con los títulos en blanco 633
A. Quién puede llenar los espacios en blanco o el título absolutamente en blanco 633
B. Quién otorga las instrucciones 633
C. En qué término se debe completar el título 634
D. ¿Se requiere carta de instrucciones? 635
E. A quién corresponde la carga de la prueba 637
3. Transferencia de los títulos en blanco 638
4. Los títulos en blanco o con espacios en blanco en el título valor electrónico 638

CAPÍTULO V. CLÁUSULA PENAL 641
1. Consideraciones generales 641

CAPÍTULO VI. CARTAS DE *STAND BY* 643
1. Función económica 643
2. Concepto 643
3. Sujetos 645
A. El emisor 645
B. El ordenante 645
C. El beneficiario 645
4. Características 645
5. Modalidades de la carta de *stand by* 646

CAPÍTULO VII. PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO 647
1. Función económica 647
2. Sujetos intervinientes 647
3. Modalidades 648
A. Pólizas de cumplimiento a favor de particulares 648
B. Pólizas de Cumplimiento a favor de entidades estatales 648

Parte undecima
Aspectos generales aplicables a los contratos

Capítulo i. Contrato 651
1. Noción de contrato 651
A. Contrato en materia civil 652
B. Contrato en materia mercantil 652
2. Elementos esenciales 653
A. Capacidad 653
B. Consentimiento 654
C. La causa 660
D. Objeto 661
3. La teoría de los actos propios 662
A. El «estoppel» anglosajón 663
B. La «Verwirkung» alemana 663
4. La culpa 664
5. Daño o perjuicio 664
A. Concepto 664
B. Indexación 664
6. Acción pauliana 665
7. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales 665
A. Ineficacia de los negocios jurídicos en el C. de Co. 665
8. Interpretación de los contratos 670
A. Concepto 670
B. Sistemas de interpretación 671
9. Sistema legal colombiano 672
A. Principios generales del derecho 672
B. Ambigüedad y lagunas 673
10. Extinción de los contratos 673
11. Comparativo entre contratos mercantiles y contratos estatales 674
12. Efectos de las obligaciones 686
A. Responsabilidad pre-contractual, contractual y extracontractual 686
B. La responsabilidad contractual frente a obligaciones de dar, de hacer y de no hacer 688
C. La culpa contractual y la culpa extracontractual 689
D. De las obligaciones con Cláusula penal (multa) 690
E. La cláusula de no responsabilidad 692
F. La fuerza mayor y el caso fortuito 692
G. Problema de los riesgos 693
H. La mora. Obligaciones a plazo, pura y simple 694
I. Excepción del contrato no cumplido («exceptio non adimpleti contractus») 695
J. Daños y perjuicios 696
13. Transmisión de las obligaciones 700
A. Cesión de créditos 700
B. Cesión de contratos 701

Bibliografía 703

Índice temático 719

PARTE PRIMERA

PRINCIPIOS Y RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS NACIONALES E INTERNACIONALES



CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONTRACTUAL

Concepto de principio

En el contexto jurídico la denominación principio, constituye en la fuente de valoración, contenido axiológico o final para la interpretación y análisis de las situaciones particulares, frente a las cuales existe una ausencia directa de reglas para ser comprendida la relación contractual y obligacional de las personas en un negocio jurídico, por ello, este sustantivo es fuente vinculante de nuestro sistema normativo (Constitución Política, art. 230)[1] que enlaza a todo el ordenamiento público y privado.

Los arts. 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887 se refieren a modelos de aplicación e interpretación de los principios para la organización y decisión de casos particulares a los cuales se enfrenta el sistema jurídico al expresar: «cuando no haya una ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho». Es el «principio» la base del ordenamiento jurídico, al considerarse y tenerse como la parte integral y esencial de este, el cual es utilizado por los juristas, los legisladores y los doctrinantes, porque ayuda a integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa. El escritor Bartolé, expresa que los principios cumplen las siguientes funciones:

1 Art. 230 (Constitución Política). Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

> a- Integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo; b- Interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los presupuestos de hecho en un enunciado amplio; c- Delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales; d- Productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro el ordenamiento (Bartole, SF, p. 514).

La constitución de 1991 a los principios generales del derecho, les ha impreso el carácter de obligatoriedad. Son la base de todo ordenamiento objetivo, constituyen criterios interpretativos del entero ordenamiento y evitan las lagunas en dicho ordenamiento ya que, a falta de ley, analogía o costumbre, se pueden aplicar para resolver el caso.

El profesor Ernesto Rengifo García expone:

> Una de las formas para apreciar lo que se puede llamar la «constitucionalización del derecho privado» (y no su «publización» que es cosa diferente) es observar que con mucha frecuencia los conflictos se resuelven mediante la aplicación de los principios y valores constitucionales, los cuales se imponen al interprete en la medida que el juez debe acatarlos al interpretar y aplicar el derecho. Hoy el juez no solo aplica la regla concreta para solucionar un conflicto sino que también encuentra la solución, para casos específicos, en los principios y valores constitucionales. De ahí que se hable de la fuerza normativa de la Constitución, o también, de la eficacia del texto constitucional, la cual puede ser inmediata, es decir, cuando se aplica directamente la norma constitucional o mediata, que surge de interpretar una norma legal a la luz de los principios o valores axiológicos de la Constitución. En otras palabras: el sistema jurídico debido a la vigencia de los derechos fundamentales (los cuales son principios) tiene el carácter de un sistema jurídico materialmente determinado por la constitución. Esa determinación encuentra expresión en la aplicación directa del texto constitucional o mediante la interpretación de reglas específicas del sistema con base en los valores y principios constitucionales (Rengifo, 2002, pp. 34-35).

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011 establece:

> (i) La intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4° Superior– y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial (Corte Const., sentencia C-539, 2011).

Así mismo en sentencia C-083 de 1995 se estructura:

> (i) consideró que en el derecho no hay lagunas, por cuanto existiendo jueces existe también la posibilidad de una valoración jurídica para cada conducta en concreto; (ii) analizó la jurisprudencia constitucional a partir de los conceptos de analogía, doctrina constitucional y reglas generales del derecho, y distinguió entre la función interpretativa e integradora de la doctrina (Corte Const., sentencia C-539, 2011).

Exponemos los principios que pueden proporcionar una solución a un caso específico, así como para ser utilizados para interpretar o complementar las cláusulas de un contrato nacional e internacional.

Los principios generales del Derecho al ser positivizados plantean un contenido final pero indeterminado que ha de ser contextualizado de conformidad a la realidad socio-cultural y valorativa de la sociedad desde los pronunciamientos judiciales y autoridades que representan el sistema *Ius fundamental* y las finalidades de un Estado Social de Derecho. Siendo así las cosas, se ha de verificar de validez del mismo respecto a la aplicación particular sin pretender absolutizar el concepto de principio con la finalidad de respetar los límites de la autonomía de las personas y la libertad de negociación. Por esto se llama *principio,* porque es el lineamiento inicial, pero va a los vaivenes del mundo comercial y de la interacción mercantil, siempre y cuando no se oponga al contenido axiológico del principio, ej. Permitir la pena muerte, menoscabaría el derecho fundamental a la vida.

Teniendo en cuenta el art. 8 atrás citado (Ley 153 de 1887), la jurisprudencia nacional ha podido dar cabida a teorías de vinculación judicial en casos particulares al interpretarse principios como:

1. Autonomía de la voluntad.
2. Principio de Buena fe.
3. Abuso del derecho
   3.1- Cláusulas abusivas
   3.2- Abuso de posición dominante.
   3.3- La terminación del contrato como abuso del derecho en los contratos de larga duración.
4. Enriquecimiento sin causa.
5. Fraude a la ley.
6. Error común hace derecho (*Error comunis facit jus*).
7. Teoría de la Imprevisión.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

> Los principios generales del derecho, «constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, 'fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de 'jurisprudencia creadora', y con ella, los principios de la buena fe, apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, **imprevisión**, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto', a punto que, '[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor 'integrador' del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la 'modernidad', no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como 'derecho flexible'»

> […] Más recientemente, reiteró '[…] el juez debe aplicarlos según el art. 8º de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional. [...]'[2].

1. Autonomía de la voluntad

Etimología: del latín, *autonomia*.

La expresión «autonomía» designa la libre facultad y poder de las personas para determinar sus propias leyes y «autonomía de la voluntad» que es la fuente y la medida de los derechos subjetivos.

A. Reseña histórica

El francés Charles Dumoulin (1500-1566) llamado el «padre de la autonomía de la voluntad», encontró en este principio la solución de los conflictos de leyes al tenerse como factor relevante el querer de las partes contratantes. El jurista Charles en el concepto que rindió sobre el matrimonio Ganey, expresó que como los contrayentes habían escogido como domicilio a la ciudad de París, era la ley de esta, la que se aplicaba sobre los bienes del matrimonio, lo que significaba una voluntad presunta o implícita a favor de dicho estatuto. Este principio se expande por Europa y su aceptación se expresa en escritos entre los que se destacan Foelix, Voet, Savigny.

En el campo internacional se reconoce que fueron los alemanes del siglo XIX quienes la apoyaron porque consideraron que son las partes quienes son libres de pactar en el contrato las cláusulas que les serán obligatorias, por ser consideradas como su propia ley.

El escritor Gounot, al hablar de la autonomía de la voluntad expresa:

> Es un órgano productor del derecho «Ella es la pieza maestra de la filosofía del Derecho que ha dominado el siglo XIX: el del individualismo jurídico. Conforme con el cual, entendido en su sentido clásico hace de la consideración del individuo como una voluntad libre desprendido del medio social, el solo objeto, el solo fundamento, y el solo fin del Derecho. Ella es tanto una filosofía del hombre, una teoría del fundamento del Derecho y una teoría del fin del Derecho. En efecto, ella acuerda al hombre derechos naturales anteriores a la sociedad, donde lo esencial es la libertad, ella ha hecho del individuo la fuente de Derecho y designa finalmente en Derecho, la coexistencia de las voluntades individuales» (Feldstein, 1991, pp. 68-69).

B. La autonomía de la voluntad en el Derecho colombiano

Sea lo primero ilustrar que este principio no tiene una regulación propia en el Código de Comercio, sino que tiene el mismo alcance, contenido y limitantes del Código Civil.

Para que nazca el contrato es necesario el acuerdo de voluntades, que no es otra cosa sino la libertad que los sujetos tienen para decidir los contratos que quieran celebrar y estipular sus cláusulas. Ellos regularán sus relaciones privadas; es por ello por lo que el art. 1602 del C. C. indica que el concurso de las voluntades crea obligaciones y, por tanto, «todo contrato

---

2 (*Cas. Civ. sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01*)» (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 11001-3103-008-1998-00081-01).

legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

De acuerdo con lo anterior, podemos establecer que el principio de la autonomía de la voluntad tiene las siguientes características:

- Toda persona es libre de contratar o de no hacerlo; nadie está obligado a celebrar negocios con otra persona.
- Mediante la celebración de negocios, los individuos crean efectos jurídicos dirigidos a regular sus propios intereses, teniendo como única restricción el orden público y las buenas costumbres.
- En la interpretación de cualquier negocio jurídico, debe atenerse a la intención de las partes más que al tenor literal de las palabras.
- En un contrato internacional las partes pueden escoger la legislación aplicable.

Pero dicho consentimiento debe observar las buenas costumbres y el orden público, y ajustarse a la ley para que obligue a las partes. Por tal razón debe ser real, exento de vicios, no adolecer de objeto o causa ilícitos, no ir en contra de las normas imperativas y que provenga de sujetos capaces[3]. Así las cosas, «el principio de la autonomía contractual o de la autonomía de la voluntad, se ha entendido como esencial en la formación del negocio jurídico, como mecanismo inexorable e idóneo para el intercambio de bienes y servicios en la vida económica» (Laudo Tribunal de Arbitramento de Celcenter Ltda. contra Comunicación Celular S. A. - Comcel S. A., 2006). Además, la autonomía privada debe sujetarse a las reglas sobre la formación y manifestación del consentimiento, y también a las que señalan los elementos esenciales para la formación de los contratos.

Sin embargo, y como expresa Joaquín Acosta, es cierto que nuestra legislación asimiló «el poder obligatorio del contrato al de la ley, [...] únicamente en la medida en que tales convenciones fueran legalmente celebradas». La fuerza obligatoria del contrato proviene de la voluntad únicamente en la medida en que «una norma legal, por su naturaleza exterior a la voluntad, otorga los instrumentos que permiten garantizar la ejecución de la relación contractual» (Acosta, 2008, p. 14).

Estas limitaciones a la autonomía de la voluntad no solo son de carácter legal sino también administrativo, por el aspecto económico, pues las crisis de los últimos decenios hacen necesaria la intervención del Estado para evitar especulaciones, preservar la seguridad económica y brindar a los ciudadanos bienes que la iniciativa privada no ha sido capaz o no ha querido producir. La Corte Constitucional ha señalado, que:

> Si bien la autonomía de la voluntad privada, como principio rector de las relaciones contractuales entre los particulares, se encuentra reconocida por la propia Constitución, lo cierto es que tal autonomía no es absoluta, pues se encuentra limitada por el interés general y el orden público, tal y como lo preceptúa, entre otros, el art. 333 al establecer que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Así mismo, la Carta Política impone a la empresa obligaciones derivadas de su función social e incluso ordena al Estado intervenir en el desarrollo de

3 El art. 1524 del C. de Co. precisa que «es nulo absolutamente el contrato tenga una causa ilícita y que lo es aquella prohibida por la ley o contraria al orden público y a las buenas costumbres».

> diversas actividades económicas, sin importar que se trate de la prestación de servicios públicos o privados, a efectos de garantizar una distribución equitativa respecto de las oportunidades y los beneficios que eventualmente puedan obtenerse por parte de su titular (Corte Const., sentencia C-341, 2006).

Igualmente, en Sentencia C-186 del 2011 expone:

> Actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes (Corte Const., sentencia C-186, 2011).

Así las cosas:

> Nuestro ordenamiento jurídico se orienta hacia la protección de las actividades empresariales y dentro de estas, es un hecho evidente que los empresarios para el logro de sus cometidos se ven precisados a celebrar contratos de colaboración para asegurarse que en debida forma se alcancen los objetivos previstos en sus procesos de producción, distribución, comercialización y entrega de los bienes y servicios de los cuales se ocupan y por supuesto, que esas relaciones jurídicas reporten un beneficio recíproco y dentro de un marco equitativo y equilibrado para ambas partes, lo que implica un ambiente de confianza recíproca que los lleva a esperar un comportamiento correlativo animado por la buena fe y el logro de las expectativas fincadas en el contrato.
>
> Esto es así, por la misma supremacía de la Carta consagrada en el art. 4˚ y que, de esta manera, penetra en todo el ordenamiento jurídico positivo de tal forma que deja de ser un simple ideario de valores y repercute en todas las áreas de la actividad económica y por supuesto, esos postulados que consagra la Constitución no son una materia inerte, sino que, por el contrario, cobran relevancia en el ámbito de los contratos como reflejo o representación en la órbita jurídica del incesante intercambio de bienes y servicios que cotidianamente se cumple en los distintos mercados que conforman la economía (Laudo Tribunal de Arbitramento de Cel- center Ltda. Contra Comunicación Celular SA – Comcel SA, 2006).

Por consiguiente:

> (…) la voluntad continúa siendo en la actualidad uno de aquellos principios rectores en materia de contratación, en cuya virtud, para expresarlo en términos generales, se habilita a los sujetos de derecho a autorregular sus intereses conforme a sus propias necesidades, mediante acuerdos que resultan por lo mismo vinculantes para quienes los conciertan, siempre y cuando, por supuesto, no se traspasen los hitos que delimitan su ejercicio. Este principio contractual, dentro de ciertos límites, goza de pleno reconocimiento constitucional y legal en el ordenamiento jurídico colombiano.
>
> (…)
>
> En consecuencia, el principio de la autonomía de la voluntad faculta a los sujetos de derecho a ajustar sus intereses y conveniencias mediante acuerdos válidos, ofreciéndoles, en principio, un amplio campo libre de actividad, que se concreta de

> manera fundamental en las llamadas libertad de contratar y libertad contractual. La primera, permite decidir si se quiere o no contratar (libertad de conclusión) y, en caso afirmativo, escoger a su co-contratante; la segunda, entre otras muchas facetas, comporta la facultad de definir el tipo de contrato a celebrar, la imposición de reglas especiales para su formación o perfeccionamiento y, en general, la libertad para establecer su contenido y clausulado. Como con acierto lo ha precisado con mayor detalle la Corte Suprema de Justicia:
>
> "Justamente, la autonomía privada en tanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad". (Laudo Tribunal de Arbitramento de Fiduciaria Bogotá S.A. vs. Contraloría General de la República, 31 de mayo de 2018).

Concluyese que este «dogma» o «principio» de la autonomía de la voluntad se presenta con el siguiente alcance:

- Las partes con fundamento en la consensualidad son libres de contratar, expresado en las cláusulas del contrato, así como modificarlo y extinguirlo.
- Es la voluntad privada la fuente de los contratos atípicos o no regulados.
- Es la intención de los contratantes la fuente de la interpretación del contrato, así como los efectos de las obligaciones.
- Las partes son libres de escoger la legislación que ha de regir el contrato.
- Las cláusulas de un contrato son ley para las partes y tienen la misma fuerza de una norma legal.

C. La autonomía de la voluntad en el contexto internacional

En el área internacional con fundamento en este principio, los sujetos intervinientes en el contrato, son libres de elegir la ley que ha de regir el contrato.

Para el profesor Alfonsín Quintim, el término autonomía tiene dos significados:

a. Puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente original del derecho, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, por tal modo que el sujeto crea normas jurídicas *ab initio,* o bien,
b. Puede significar que la voluntad del sujeto es una fuente derivada capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido lo habilita para ello (Quintim Alfonsín, SF).

Las razones por las cuales surgió dentro del campo del derecho internacional privado y que siguen siendo las mismas, obedeció a la ausencia de reglas escritas en el derecho internacional, lo que incitó a la imaginación de los pensadores manifestado en el intercambio de bienes y servicios entre los diversos Estados, apoyado por los medios de comunicación electrónicos que no solo rompen fronteras, sino que reducen en tiempo los negocios,

reflejado en la celeridad, celebración de los contratos (compraventa internacional de mercaderías, el contrato de colaboración empresarial, *Joint Venture*, etc.). Estos negocios nos han obligado a buscar la solución de cuál será la ley aplicable al contrato celebrado entre empresas de diferentes Estados conocidos comúnmente con el nombre de Contratos Internacionales.

Se concluye que este «principio» o «dogma» o «teoría» autonomía de la voluntad, es la fuente de solución en el contexto del derecho internacional privado.

Es preciso aclarar que este principio solo lo abarcaremos en el campo de los contratos internacionales y más concretamente en el elemento patrimonial que es el aspecto sustancial o intrínseco del contrato.

D. Concepto

La escritora Sara Feldestein lo aborda en los siguientes términos. Recordemos que la jurisprudencia francesa si bien con términos vagos, que contrato internacional «es aquél que pone en juego los intereses del comercio internacional» o, la doctrina de Loussouarn y Bredin, según la cual, el contrato es internacional «cuando se relaciona con diferentes órdenes jurídicos, o sea un contrato en el cual todos sus elementos no se encuentran dentro de un mismo sistema de Derecho».

«Este debate en torno del concepto del contrato internacional, ha llegado a inhibir a muchos pensadores, que lo han calificado como verdadero dilema. En cambio, antes de ahora, no nos hemos sentido liberados de lanzar una noción de contrato internacional».

«Contrato Internacional, es según nuestro criterio, aquel que sea en su conformación desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes» (Quintim Alfonsín, SF, pp. 59-60).

En los tratados internacionales tales como: Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1889, Convención de Panamá de 1975, la Convención de Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de Mercaderías (Viena 1980), no se define el concepto de contrato internacional.

E. Límites a la autonomía de la voluntad

1. Orden Público Internacional.
2. Fraude a la Ley.
3. *Dépecage.*
4. Rechazo del reenvío.

1. Orden Público Internacional

El orden público internacional es el conjunto de disposiciones (*principios, reglas o valores*) que han sido confiados al Estado para garantizar su supremacía en todo momento frente a las relaciones *Ius privatistas* y evitar que estas no se inobserven frente a la autonomía de la voluntad al ser imposible su derogatoria o sustitución. Savigny reconoce la importancia de un orden público interno para lograr establecer los límites y contenidos del orden público internacional y manifestar:

«hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados Ius privatistas» (Biocca, 1997, p. 198). Irineu Strenger (1978) plantea que el orden público es un límite social y político que garantiza la propia finalidad del Estado Précis Despagnet lo define como un: «[c]onjunto de reglas que, dadas las ideas especiales admitidas en un determinado país, se consideran vinculadas a los esenciales intereses del mismo» (Despagnet, SF, p. 360, citado por Orue, 1952).

Es posible destacar que el contenido del orden público internacional frente al orden público nacional se condensa en cinco (5) parámetros esencialmente:

i. La imposibilidad que la autonomía de la voluntad pueda derogar, sustituir o modificar el contenido prescriptivo de normas de orden público.
ii. Una norma de derecho extranjero puede tener coexistencia a la regulación de orden público interno siempre y cuando no exista una contradicción manifiesta entre la regulación foránea al sistema normativo nacional.
iii. Las normas de orden público internacional tienen autonomía respecto de las normas de orden público interno.
iv. El orden público internacional limita al orden público interno.
v. El orden público interno puede ser limitado por incompatibilidad en ordenamientos extranjeros.

2. Fraude a la Ley

El fraude a la ley o *fraus legis facta* es la inobservancia directa por medios fraudulentos o prohibitivos según la cual se afecta el medio por el cual se logra un resultado determinado o con determinados medios se logra un resultado ilícito, esto se puede derivar en cuatro (4) parámetros:

i. El uso, determinación o aplicación de medios ilícitos.
ii. La generación u obtención de resultados ilícitos.
iii. La manifestación de la voluntad de forma ilícita.
iv. La desviación o transmutación de la voluntad de otro para lograr un medio o resultado ilícito.

Entonces, el límite a la autonomía de la voluntad se centra en que la posibilidad de materializar la intencionalidad de las partes se encuentra aminorada a determinadas prohibiciones del sistema normativo y frente al cual todo acto contrario carecerá de existencia y validez, fuera de las sanciones a que diere lugar con fundamento en la ley.

3. Dépecage

El *dépecage* o la elección de múltiples ordenamientos jurídicos para regir un contrato, consiste en la diversificación e integración de los sistemas normativos aplicables a una relación negocial; diversificación en cuanto se establece que bajo un determinado punto contractual se aplicarán determinadas reglas jurídicas; e integración, por cuando se reconoce que en las diversas normas aplicables y fuentes distintas de sistemas normativos se debe converger a la relación contractual. Por esto, el límite a la autonomía de la voluntad se configura en cuanto que, la aplicación de distintas reglas jurídicas emanadas de varios sistemas normativos puede generar incompatibilidad frente a la solución de un determinado conflicto, o puede conducir a fraccionar la competencia interpretativa afectando la integridad