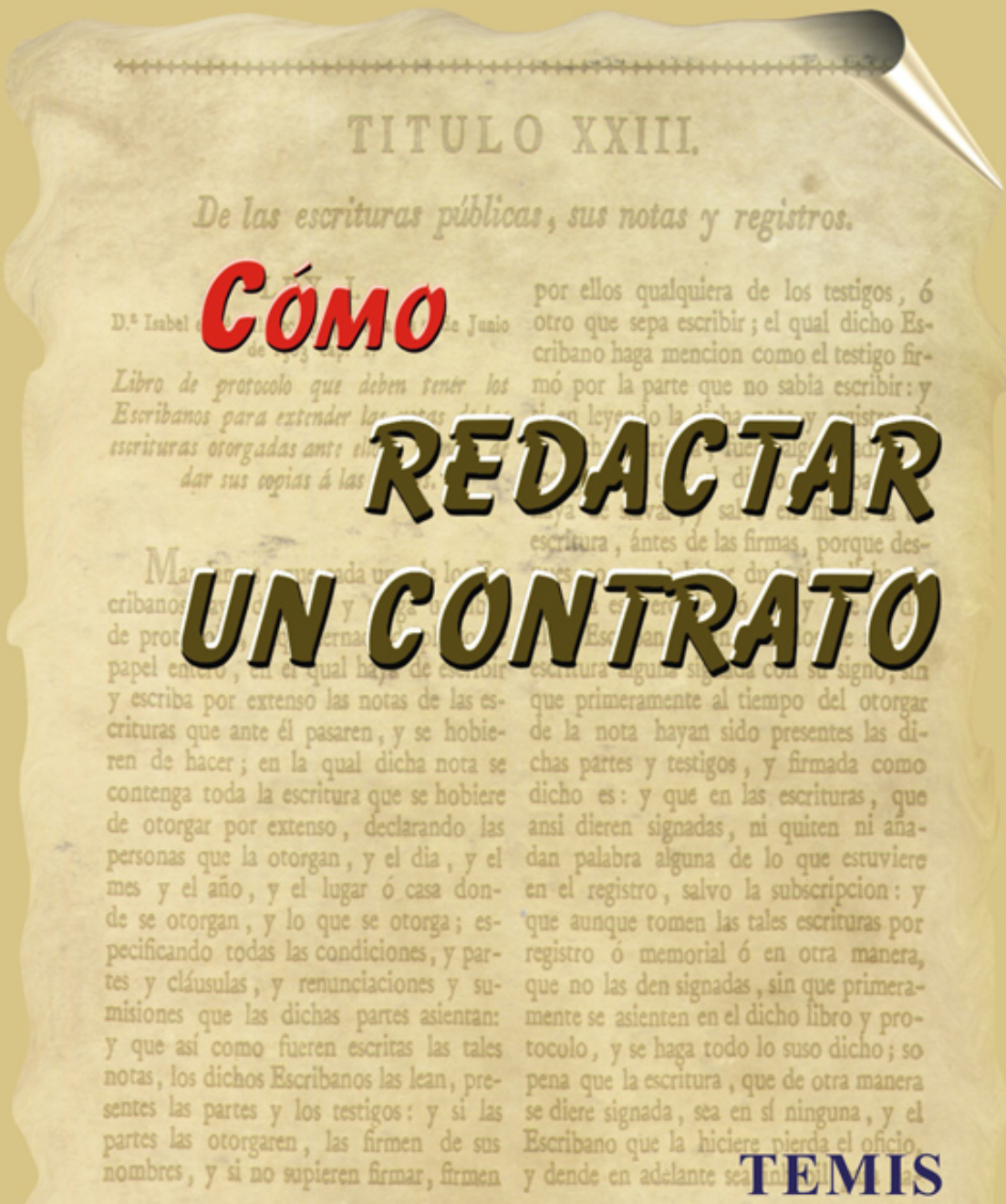
CLAUDIA LUCÍA ROJAS B.
HUMBERTO ORDUZ MALDONADO



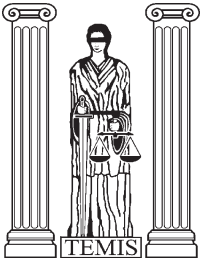
CÓMO REDACTAR UN CONTRATO

TEMIS

CÓMO
REDACTAR UN CONTRATO

CLAUDIA LUCÍA ROJAS B.
HUMBERTO ORDUZ MALDONADO

CÓMO
REDACTAR UN CONTRATO



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Claudia L. Rojas B., Humberto Orduz M., 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
e-mail: gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-35-0425-4
2064 200300030200
ISBN e-book 978-958-35-1857-7

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

Capítulo I

GENERALIDADES

PÁG.

1. El contrato 4
2. Nociones básicas sobre contratos 5
   A) Presupuestos de validez 5
      a) Causa lícita 5
      b) Objeto lícito 6
      c) Capacidad 7
      d) Consentimiento 9
   B) Elementos del negocio 13
      a) Elementos esenciales 13
      b) Elementos naturales 13
      c) Elementos accidentales 13
3. El documento 13
4. Redacción del contrato 15
5. Cargas de la autonomía privada 16
   A) Carga de legalidad 16
   B) Carga de la corrección 17
   C) Carga de claridad y precisión 17
   D) Carga de la sagacidad 17

Capítulo II

REDACCIÓN DE CONTRATOS

1. Observación preliminar 19
   A) Seguir un orden lógico 19
   B) Ser claro y preciso 19
   C) Preservar el equilibrio 20
   D) Sagacidad y previsión 21
   E) Coherencia 21
2. Metodología de la elaboración del contrato 21
3. Cláusulas de los elementos esenciales 24

PÁG.

A) La cláusula del objeto 25
B) Cláusulas de precio, plazo y entrega 27
a) Precio 27
b) Plazo 27
c) Entrega 28
C) Cláusulas explicativas 30
D) Clásula de tradición o de título antecedente 30
E) Cláusulas de garantía 31
F) Pacto de reserva de dominio 32
G) Cláusulas de retractación 33
H) Cláusulas de delegación 34
I) Cláusulas preventivas 34
J) Cláusulas de protección del negocio 35
a) De exclusividad 36
b) De incompatibilidades y prohibiciones 36
c) De preferencia 37
d) De reajuste 37
e) De terminación anticipada del negocio 37
f) De autorización 38
g) De responsabilidad 39
h) De revocación 39
i) De cesión 39
j) De corrección monetaria 40
k) Cláusulas liquidatorias 40
l) Cláusulas de gastos 42
ll) Cláusulas de determinación de los requisitos de exigibilidad 42
m) Cláusulas compromisorias 42
n) Cláusulas de arbitramento 42
ñ) Cláusulas de peritazgo 43
4. Formulario básico 43
5. Estructura formal del contrato 45
A) El encabezamiento 45
B) El clausulado 46
C) Fórmula de conclusión 47
D) Documentos complementarios 47

Capítulo III

MODELOS DE CONTRATOS

1. La compraventa 51
A) Compraventa de bien mueble 51
B) Compraventa de vehículo automotor 52

PÁG.

C) Compraventa e instalación 54
D) Compraventa de bien inmueble 56
E) Promesa de compraventa 58
F) La permuta 61
G) Contrato de arrendamiento civil de vivienda urbana 62
H) Arrendamiento comercial 66
I) Constitución de sociedad anónima 69
J) Capitulaciones matrimoniales 84
K) La agencia comercial 85
L) El suministro 87
M) Estatutos de una fundación 89
N) Cesión de derechos hereditarios 92
Ñ) Contrato de fabricación 93
O) Prestación de servicios profesionales de abogado 94
P) Contrato de trabajo (a término indefinido) 96
Q) La participación 98
R) Títulos-valores 101
a) La letra de cambio 102
b) Pagaré 103
c) Factura cambiaria 104
S) Enajenación de establecimiento de comercio 105
T) Contrato de anticrésis comercial 106
U) Representación en el extranjero 108
V) Contrato de estacionamiento de vehículos (por mensualidades) 110

MODELOS DE OTROS CONTRATOS Y DOCUMENTOS DE USO FRECUENTE

A) Consignación para venta 111
B) Cesión de derechos litigiosos 112
C) Cesión de crédito 114
D) Contrato de prestación de servicios contables 114
E) El mandato 116
F) Poder especial 118
G) Poder para representación judicial 119
H) Poder general 120
I) Contrato de ejecución de obra 122
J) Contrato de administración 124
K) El depósito 126
L) El mutuo 127
M) Hipoteca 128
N) Prenda con tenencia 130
O) Constitución de sociedad limitada 131

PÁG.

P) Cesión de cuotas en la sociedad limitada 138
Q) Contrato de comodato 139
R) Convenio de cooperación entre entidades sin ánimo de lucro 142
S) Prenda sin tenencia sobre vehículo automotor 143
T) Prenda sobre establecimiento de comercio 145
U) Licencia de uso de programas informáticos o software (con asistencia técnica) 148
V) Cesión de derechos de autor 151
X) Cesión de marca 151
Y) Acta de constitución 152

Bibliografía 157

Capítulo I

GENERALIDADES

El contrato es una de las instituciones más antiguas y es casi inherente a la vida social. A partir de los datos de la antropología y de la historia, resulta fácil suponer que cuando el mono recolector, ancestro directo del *homo sapiens*, bajó de los árboles y se aventuró en la sabana, organizado en pequeñas hordas, tuvo que enfrentar a los distintos mamíferos depredadores, que para entonces estaban mejor armados que él por la madre naturaleza. Esto lo forzó entonces a actuar en grupo, tanto para las tareas de defensa como para las relativas a la búsqueda de alimento, generalmente, la recolección o la caza. Podemos también imaginar una escena de ese pasado ancestral: dos antropoides salen de cacería y enfrentan a un animal feroz que bien los podría aniquilar a cada uno, en combate individual; cuando el animal está cerca, los antropoides intercambian una mirada cómplice y se arrojan sobre su presa. El resto es fácil de suponer: muerto el animal, los antropoides dividen el botín alimenticio. De algún modo, con esa mirada cómplice, con un ruido o con un gesto, esos protohombres de nuestro relato sellaban un pacto de mutua ayuda cuyo resultado era la derrota de su enemigo y el reparto del botín. Podemos entonces afirmar que allí, antes incluso de la aparición del lenguaje hablado, había entre nuestros antepasados un germen de lo que sería el contrato. La aparición posterior del lenguaje oral y el perfeccionamiento del mismo y todos los elementos del desarrollo económico y cultural de los primeros tiempos contribuyeron sin duda a mejorar estos procedimientos de intercambio o de colaboración

Pero es solo a partir de la invención de la escritura cuando el contrato alcanza sus formas más elaboradas; las civilizaciones primigenias de la antigua Mesopotamia dan prueba de ello. Los arqueólogos han establecido la existencia de contratos escritos en tablillas de arcilla, en el archivo de Shuruppak, en la Babilonia central, archivo que data del siglo XXVI a. de C.. De otra parte, las primeras codificaciones sumerias, como las de Entemena, Urukagina, Lipiteshtar, Urnamu y, en especial, el Código de Hammurabi, (siglo XVIII a. de C.), le confieren una enorme importancia a los contratos, al punto que, en este último, de sus 282 artículos conocidos más de 70 versan sobre contratos o sobre las consecuencias de una determinada rela-

ción contractual. De la misma manera, encontramos un importante conjunto de regulaciones sobre contratos en las leyes capadocias (Asiria), en las normas elamitas, en el derecho israelita (Deuteronomio, siglo VII a. de C., aprox.) y en el derecho griego del período clásico.

Sin embargo, si bien hay un aumento evidente de la práctica contractual en el mundo antiguo, como consecuencia de la intensificación del comercio en la cuenca mediterránea, no se observa un desarrollo paralelo de la teoría jurídica correspondiente. Es solamente en Roma, cuna del derecho occidental, donde viene a producirse un desarrollo doctrinario importante en esta materia. En primer lugar, la puesta en vigencia de la codificación de las *Doce Tablas* (aproximadamente hacia el año 450 a. de C.) marca el inicio de la separación entre el poder teológico y el poder del Estado, lo que implicó una laicización o una secularización del derecho que, a la postre, facilitaría su evolución.

Poco tiempo después, Coruncanio fundó la primera escuela de abogados de la que tengamos noticia (antes había escribas, que no eran exactamente abogados), creándose así un espacio en donde la discusión de los problemas jurídicos permitió el desarrollo de la teoría. La evolución posterior del derecho en Roma, dio lugar a fenómenos y a estudios importantes, evolución que culminó con la aparición, en tiempos de JUSTINIANO, de una compilación importantísima de textos jurídicos: el *Corpus iuris civilis*; allí estaban sentadas las bases para una primera teoría del contrato. Desde entonces, innumerables autores abordaron con menor o mayor acierto el tema, tanto sobre la teoría general como sobre las figuras contractuales en particular, habiéndose llegado, en épocas relativamente recientes, a creaciones conceptuales más elaboradas como la teoría del negocio jurídico. No obstante, el aspecto específico de la elaboración del documento contractual, la manera como debe ser redactado, parece haber sido menospreciado por los estudiosos del derecho, quizás por estar en el nivel puramente pragmático, porque se supone obvio o por haberse creído equivocadamente que bastaba conocer la teoría general de los contratos y las obligaciones para lograr una buena redacción del documento negocial. La práctica, sin embargo, indica que esto no siempre es así. Un buen conocimiento de la teoría general facilita una adecuada redacción del contrato, pero esto no significa que una cosa conduzca necesariamente a la otra. Un buen teórico puede ser un pésimo redactor de documentos contractuales. Esto último requiere otro tipo de saber, otra forma de conocimiento, cuyos pilares son un pensamiento claro que ordene metódicamente las ideas y un sentido de la estrategia y la previsión, para el cual unas buenas bases teóricas son obviamente el complemento ideal.

Pero en niveles más simples, cuando se trata, por ejemplo, de hacer un pagaré, de alquilar el garaje a un vecino, de hacer un contrato de trabajo a término indefinido, vender un carro, etc., siempre que el asunto no sea demasiado complejo, la redacción del contrato está al alcance de muchas personas que no necesitan ser abogados para alcanzar un resultado con buen grado de eficacia. Una persona que no sepa mucho de derecho, si posee una buena comprensión verbal, buena redacción e ideas claras, podrá elaborar un buen contrato si usa una metodología adecuada. Pasando de ciertos límites, por la necesidad de cuidado o por la complejidad del negocio, deberemos recurrir a un profesional del derecho.

El contrato es una institución reguladora que crea derechos y obligaciones entre los particulares y, lo que es más importante, tiene fuerza vinculante. El contrato legalmente celebrado es ley para las partes. Funcionalmente es similar a la ley en la medida que:

DECLARA	DISPONE
EXPLICA	ORDENA
PREVÉ	SANCIONA

El contenido de un contrato es múltiple, no es apenas sancionador, regulador o informativo; es técnico en el sentido jurídico y cumple funciones sociales y privadas decisivas en el funcionamiento de la sociedad. Por esta razón, requiere de amparo y regulación legal. Si el contrato no está bien redactado, las probabilidades de conflicto aumentan y esto implica la puesta en movimiento del aparato estatal para solucionar los litigios que puedan surgir de allí. Como agravante, se tiene que los despachos judiciales adolecen de exceso de trabajo y que el Estado no presta la adecuada atención a este problema.

La criminología, la salud pública, la planificación urbana, entre otros, son mecanismos preventivos; han surgido como formas de anticiparse a problemas humanos de trascendencia social que interesan al Estado, en la medida que son soluciones que se anteponen al conflicto y se reflejan en una economía de la gestión administrativa estatal. Corresponden a un desarrollo del principio según el cual más vale prevenir que curar. Con todo, poco se ha dicho y casi nada se ha hecho en materia de instituciones preventivas para el derecho privado. Al contrato, por ejemplo, se le podría dar énfasis en este aspecto. El Estado debería promover y asegurar un buen uso de los pactos privados, creando campañas de difusión, instituciones o instancias públicas de apoyo y asesoría para la redacción de los

contratos, de forma que una relación civil o comercial bien regulada contractualmente, encuentre siempre una solución a la mayoría de sus eventuales conflictos, en el texto mismo del documento negocial. Esto tendría como consecuencia, entre otras cosas, un alivio a la carga de trabajo del aparato jurisdiccional.

En esta perspectiva fue concebido este libro, sin interés alguno de teorizar sobre los aspectos intrínsecos del contrato, sino apenas con el propósito de crear un instrumento de trabajo para quien desee redactar las estipulaciones contractuales, una orientación metodológica a fin de que esta labor sea menos aleatoria y más racional. Lo que se implementó fue un "modo de hacer" a partir de ciertos lineamientos básicos que, sin descuidar los aspectos esenciales, regulen y prevean las eventualidades más comunes.

1. El contrato

Excede el propósito puramente pragmático de este libro la exposición de la teoría del contrato (de hecho, evitamos las citas bibliográficas, las referencias eruditas y cualquier disquisición jurídica profunda). Al respecto, contamos con innumerables textos de autores nacionales y extranjeros que han tratado extensamente la materia y hallaremos en la doctrina la noción más adecuada de negocio jurídico, dentro de la cual se incluye la especie "contrato". No obstante, para los efectos que nos interesan, bastará con remitirnos al concepto legal de contrato y con dos o tres precisiones más, para circunscribir nuestro campo de acción.

Antes de cualquier cosa conviene, como información sobre el fundamento legal de la contratación, citar la incompleta e infortunada definición que de contrato trae nuestro Código Civil:

Art. 1495.—"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de varias personas".

Como quiera que nos referiremos exclusivamente al *negocio escrito*, excluiremos forzosamente el negocio meramente consensual (verbal), los actos de disponibilidad puramente tácitos o por omisión y todas las demás vicisitudes del negocio jurídico distintas del documento escrito con fuerza vinculante en el campo de las obligaciones entre las personas. En otras palabras, nuestro tema se circunscribirá al negocio jurídico consistente en un acuerdo bilateral o plurilateral de voluntades, consignado en forma escrita, tendiente a regular los intereses de quienes a él concurren. La expresión de la voluntad de los particulares como ejercicio de la autonomía pri-

vada, expresada en forma escrita mediante un conjunto de estipulaciones concretas y precisas que le dan cuerpo a esa intención de celebrar un negocio.

Lo fundamental entonces es saber determinar y expresar aquello a lo que las partes se obligan, lo que adquieren o transfieren, lo que pueden o deben hacer, sus derechos y limitaciones en lo que se refiere a ese negocio en particular. Se trata de saber redactar las normas que regirán la relación jurídico-patrimonial de los contratantes, la forma como deberá funcionar su negocio. La intención de este trabajo es establecer unos criterios que nos permitan lograr la elaboración de las estipulaciones en forma tan clara y completa que para las partes baste la sola lectura del contrato para informarse sobre sus derechos y obligaciones y para resolver las eventualidades más comunes de su ejecución.

2. Nociones básicas sobre contratos

Para los abogados estos conceptos resultarán elementales y por lo tanto puede ser dispensable su lectura. Pero para el lector que es lego en materia de derecho son fundamentales y han sido redactados de la manera más sintética posible.

A) *Presupuestos de validez*

Sin pretender en manera alguna un análisis detallado de los presupuestos de validez del negocio, haremos referencia a ellos para efectos de indicar su importancia práctica en el momento de redactar las cláusulas del contrato y su injerencia en la realización del mismo, siempre en el sentido de establecer mecanismos de carácter preventivo que faciliten el desarrollo del contrato o impidan su ejecución incompleta como consecuencia de la falta de claridad en estos aspectos. Como veremos más adelante, el primer paso es establecer si concurren tales presupuestos de validez y si estos se hallan libres de vicios y conforme a derecho. De acuerdo con la doctrina comúnmente aceptada tales presupuestos son:

a) *Causa lícita*

Es requisito genérico de validez de los negocios jurídicos que tengan causa y que esta sea lícita (C. C., art. 1502); nuestro ordenamiento civil define la causa como el motivo que induce al acto o contrato, agregando que es ilícita aquella prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1524 *ibidem*). Los tratadistas han abundado

sobre el tema y las diversas teorías sobre la causa pueden dividirse genéricamente en dos: la subjetiva y la objetiva; la primera se refiere al motivo último y determinante que induce a los contratantes a obrar (ejemplo: respecto del vendedor, recibir el precio pactado y, respecto del comprador, obtener la cosa vendida); la segunda se refiere a la función económico-social del negocio, al propósito práctico de las partes, lo que en realidad pretenden obtener con la existencia del contrato. Esta última, no obstante sus inconvenientes, es la más aceptada, quizá porque destaca el aspecto funcional del contrato y su utilidad social.

Con todo, el desarrollo de estas teorías nos lleva en última instancia a confundir los aspectos esenciales de la causa con los elementos del negocio mismo, razón por la que tomaremos como criterio para los objetivos de este trabajo, que quien redacta un contrato debe tomar nota atenta del propósito práctico y real que anima a las partes a celebrarlo, su licitud o ilicitud, sea porque esta se encuentra en su origen, sea porque se halla en su finalidad última. En pocas palabras, si bien el redactor no puede erigirse en juez para las partes, sí tiene la obligación de informarles sobre la existencia de una posible causa ilícita y todas sus consecuencias. La causa, entonces, es decir aquello que mueve a las partes a celebrar un determinado negocio, no puede ser algo que la ley considere ilícito. El código cita como ejemplos de ausencia de causa y de ilicitud de causa, dos casos: la promesa de pago de una deuda que no existe (falta de causa) y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral (causa ilícita).

Lo primero entonces será examinar la causa, la verdadera intención de las partes, no solo por la trascendencia que tiene su licitud o ilicitud para la vida jurídica del contrato, sino también y principalmente porque allí encontraremos el punto de partida para la correcta elaboración de las estipulaciones.

b) *Objeto lícito*

La ley no define el objeto con precisión; la lectura del Código Civil nos permitiría suponer que se trata del bien sobre cuya disposición versa el contrato, lo cual es erróneo; en realidad la doctrina ha profundizado un poco más sobre este aspecto sin llegar tampoco a una definición irrefutable. El objeto es el interés dispuesto, el bien, el esfuerzo, la situación patrimonial o no, que se regula mediante el ejercicio de la autonomía; en todo caso, suele ocurrir que el objeto del contrato sea identificado erróneamente con el interés patrimonial a que se está refiriendo el pacto y que en consecuencia se confunda el objeto con el bien o bienes sobre los cua-

les versa el negocio y en los cuales se materializan las prestaciones. Por ejemplo, en la compraventa de una casa en la cual el objeto del contrato (la tradición o transferencia del bien) se confunde con la casa misma.

Es necesario que el objeto sea legal y físicamente apto, como también que sea posible. En este último sentido, para que el objeto sea idóneo, debe reunir los siguientes requisitos:

1. *Existencia actual o futura*. Es decir que debe existir o esperarse que exista de manera verosímil, factible.

2. *Determinación o determinabilidad*. En otras palabras, que sea claramente determinado o que su naturaleza y alcances puedan ser determinables de forma que nunca quede en la indefinición ni admita duda. La cantidad puede ser determinada pero es menester que el contrato fije criterios o reglas precisas que sirvan para establecerla.

3. *Posibilidad física*. Debe ser físicamente posible, porque si es imposible la obligación será nula. El Código Civil dice que es físicamente imposible lo que es contrario a la naturaleza (por ejemplo: beber toda el agua del océano).

4. *Posibilidad legal*. Debe poder existir dentro "de los límites del ordenamiento jurídico".

En cuanto a la falta de aptitud legal, en primer lugar, hay objeto ilícito en todo lo que contravenga el derecho público de la nación, sea el derecho constitucional, sea el derecho penal, sean las normas que el propio legislador ha señalado como de orden público y que de ninguna manera pueden ser modificadas por acuerdo entre los particulares. Igualmente se ubican aquí los casos de disposición de cosas que no están en el comercio o que son intransferibles por disposición expresa del legislador, como cosas embargadas o secuestradas. Tampoco están en el comercio los bienes de uso público, los derechos de la personalidad, los derechos políticos, los derechos morales de la propiedad intelectual, los bienes del patrimonio cultural e histórico de la nación. Otro tanto ocurre con los bienes que no pueden transferirse legalmente a otra persona por disposición de la ley, como los derechos de uso y habitación y el derecho de suceder por causa de muerte hallándose viva la persona a quien se ha de suceder. Finalmente, dice el artículo 1523 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley.

c) *Capacidad*

Es la aptitud que tiene un sujeto de derecho para, en un momento dado, ser titular activo o pasivo de una relación jurídica. Su aptitud legal