

PROPUESTA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS

De crucial importancia es el régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles atípicos, porque de ello dependerá la valoración que haga el intérprete al momento de definir los alcances y efectos de aquellos contratos que no están regulados en la ley.

La Corte Suprema de Justicia condensó en sentencia de 22 de octubre de 2001, el régimen jurídico que debe aplicarse a los contratos atípicos así:

"Acótase, como corolario de lo dicho, que los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo comercial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a las leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines"¹

En sentencia un poco más reciente de la Corte Suprema de Justicia del 13 de diciembre de 2002, Magistrado Ponente, Carlos Ignacio Jaramillo, en la que se estudió un caso relacionado con el contrato de leasing, se dijo sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos lo siguiente:

"debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantadamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo. No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por "las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público"; en segundo lugar, por "las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales" y, finalmente, ahí sí, "mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde

¹Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de Octubre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

*alguna semejanza relevante" (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico."*²

En un pronunciamiento de la justicia arbitral sobre el contrato de concesión mercantil se dijo sobre el particular:

*"Para ser consecuente con la clasificación del convenio, no existiendo prestación dominante, el Tribunal entiende que las normas aplicables al contrato de concesión han de ser las que rijan para cada uno de los contratos típicos de cuyos elementos se ha valido el nuevo convenio"*³

Sobre el asunto analizado, es importante traer a colación las cuatro teorías que la doctrina ha creado para solucionar la cuestión de cuál debe ser el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos.

²Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de diciembre de 2002. Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

³GAMBA POSADA, Guillermo; GUTIÉRREZ SANDOVAL, Netsy; VEJARANO PUBIANO, Carlos y VELÁSQUEZ DE BERNAL, Olga María. Centro de Conciliación y Arbitraje Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. Arbitramento entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. vs. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., VECOL S.A. Laudo de 1 de julio de 1992. p 237.

La primera de ellas es conocida como la **teoría de la absorción**, que consiste en identificar en el contrato atípico estudiado, aquella prestación más prominente, para posteriormente aplicar el régimen jurídico del contrato al que pertenezca la misma. Sobre la aplicación de esta teoría asegura Díez-Picazo que debe buscarse:

*"dentro de la totalidad de los contratos atípicos un elemento preponderante, que se corresponde con el elemento preponderante de algún contrato típico y aplicar al conjunto la disciplina normativa del contrato típico al que pertenezca dicho elemento preponderante"*⁴

La crítica más generalizada a esta teoría radica en la dificultad que se presenta en muchos contratos para lograr identificar el elemento preponderante. El mismo autor anteriormente citado resume esta crítica de la siguiente manera:

"La teoría de la absorción opera, como dice Roca Juan, con un amplio margen de actuación en aquellos casos en que es posible averiguar cuál de las prestaciones de los contratos atípicos es la principal o en tal forma prevalente que las demás pueden ser simplemente consideradas como accesorias. Sin

⁴DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I, Introducción -Teoría del Contrato- Las Relaciones Obligatorias. Segunda Edición, Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1983. p, p 257.

Holguín Neira & Pombo

Abogados

embargo, es inaplicable en todos aquellos casos en que las diferentes prestaciones cooperan a la obtención de un resultado unitario con la misma intensidad y, por consiguiente, sin que pueda encontrarse el elemento preponderante.”⁵

La segunda teoría es conocida como **teoría de la combinación**, sobre ella expone Arrubla que:

“En esta teoría, cuando un contrato atípico se compone de diferentes prestaciones que, miradas aisladamente, pertenecen a varios contratos o figuras típicas, se debe regular, aplicando las normas correspondientes a las figuras típicas con que se identifica cada prestación. Ocurre, por tanto, una desmembración del contrato atípico para efectos de poder establecer la variedad de normas que lo regularán.”⁶

A pesar de que el mismo Arrubla afirma que esta teoría atenta contra la unidad del contrato⁷, consideramos que nada impide que el intérprete se valga de la regulación

⁵ DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p 257.

⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles tomo II contratos atípicos. Sexta Edición, Medellín: Edit. Biblioteca Jurídica Díké, 2004. p 37.

⁷ ARRUBLA PAUCAR, ob. cit., p 37.

de las distintas prestaciones que componen el contrato atípico, siempre y cuando se tenga presente que éste, tiene un objeto y finalidad propia que hacen que disfrute de autonomía y unidad. De hecho, es usual que el legislador se remita a las normas de un contrato en particular, cuando legisla sobre alguno otro que es distinto y autónomo.

La tercera teoría es la llamada **teoría de la analogía** que aboga por la aplicación de aquellas reglas que regulan la figura contractual típica más parecida, o en palabras Arce Gargollo:

“Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico- en tesis de Messineo- son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía”⁸

Esta teoría tampoco escapa a las críticas, las cuales son sintetizadas por Arrubla Paucar, quien afirma que:

“El contrato atípico cumple una función económica concreta, diferente a la que cumplen las figuras típicas, así tenga gran parecido. De otro lado, a veces no soluciona el problema, por la dificultad de identificar la figura típica más parecida”⁹

Por último está la **teoría del interés o fin dominante** que propone tan sólo la aplicación de las normas generales de las obligaciones y de los contratos, las cuales son en la mayoría de los casos útiles, mas no suficientes para la comprensión de los contratos atípicos. Esta teoría acepta la

⁸ ARCE GARGOLLO, JAVIER. Contratos Mercantiles Atípicos. Tercera Edición, México: Editorial Porrúa, S.A., 2004., p 140.

⁹ ARRUBLA PAUCAR, ob. cit., p 37.

dificultad de encontrar un criterio general aplicable a los contratos atípicos, por tal razón:

“Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no debe insistirse en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos”¹⁰

Como es plausible observar, no hay acuerdo en la doctrina sobre cuál debe ser el criterio para determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, y tampoco lo hay en la jurisprudencia nacional, aunque puedan identificarse en ella algunos elementos comunes.

A pesar de lo anterior, sugerimos el siguiente régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, basado principalmente en la ordenación realizada por la Corte Suprema de Justicia en la ya citada sentencia de 13 de diciembre de 2002:

a) Las cláusulas contractuales, siempre que no contradigan las normas imperativas

Esto porque ante la ausencia de ley que regule el contrato atípico en particular, el principio de la autonomía de la voluntad, rector del ordenamiento jurídico colombiano, suple el vacío legal, eso sí, siempre y cuando las cláusulas contractuales no contradigan las normas imperativas, en cuyo caso, deben aplicarse éstas en perjuicio de aquellas.

Recuérdese además, que las estipulaciones contractuales se

prefieren a las normas legales supletivas y a la costumbre mercantil.¹¹ Según el artículo 4° del Código de Comercio, las estipulaciones contractuales están por encima de la costumbre mercantil, por lo tanto, compartimos el criterio escogido por la Corte, al consagrar las prácticas y usos sociales- léase costumbre mercantil- como subsidiarias a lo que las partes hayan contemplado en su contrato.

b) Las normas generales sobre obligaciones y contratos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, incluyendo además aquellas normas que regulen el o los contratos típicos con semejanzas más relevantes para el contrato atípico en cuestión

Estas normas- las generales sobre obligaciones y contratos- integran de cualquier forma los contratos atípicos, y bajo el supuesto que el legislador llegase a consagrar legalmente un contrato atípico en particular, no podría desconocerlas. Pero además, se incluyen en este literal, aquellas normas que regulan los contratos típicos más afines con el contrato mercantil atípico que se analice, porque por virtud del artículo 1° del Código de Comercio:

“los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”

¹⁰ ARCE GARGOLLO, ob. cit., p 140.

¹¹El Artículo 4° del Código de Comercio dispone: “ART. 4°—Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.”

La inclusión de la analogía de las normas que codifican los contratos típicos en segundo lugar, después de las estipulaciones contractuales que no contraríen el orden público, se compagina, como se observa, con la pirámide jurídica impuesta por el Código de Comercio.

c) Las prácticas y usos sociales

En caso de llegar a considerarseles costumbre mercantil, tendrían el mismo valor que la ley y en tal hipótesis, por virtud del artículo 3º del Código de Comercio, gozan de la misma jerarquía de la ley mercantil, por lo que también deberían incluirse en el literal b). Sin embargo, si tan sólo se trata de usos sociales, deben ocupar el lugar que la Corte Suprema estimó conveniente en su ya mencionada sentencia.

d) Los principios generales

Finalmente queremos resaltar, cómo las distintas teorías arriba enunciadas, son una guía para construir el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, sin que ello implique caer en posturas eclécticas. En todo caso, habrá de estudiarse el caso en concreto para estimar si alguna teoría de las arriba mencionadas se acomoda mejor al contrato objeto de análisis. Por ejemplo, es posible que sea viable identificar diversas prestaciones pertenecientes a distintas figuras típicas, pero si además se logra reconocer un contrato típico muy semejante, nada obsta para que el estudioso del derecho se valga de las **teorías de la combinación** y de la **analogía** respectivamente, siempre y cuando no se caiga en contradicciones.

En gracia de discusión y teniendo en cuenta que el problema de la jerarquía jurídica aplicable a un contrato atípico puede suscitar muchas discusiones, se considera que la anterior ordenación basada principalmente en la opinión de la Corte Suprema y en la interpretación de los primeros artículos del Código de Comercio, es adecuada para determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles atípicos en general.