

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS ATÍPICOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

*María Elisa Camacho López**

INTRODUCCIÓN

Es interesante observar como algunas figuras del derecho jamás pierden actualidad y por el contrario todos los días se están renovando, en el caso de los contratos atípicos, aunque los conceptos generales tienden a ser los mismos que desde hace ya algún tiempo estudiosos de la materia han planteado, la jurisprudencia de nuestro país se ha encargado de innovar en la aplicación de tales conceptos, aclarando en muchos casos, la verdadera naturaleza de este tipo de contratos y las características que los componen.

Dos factores fundamentales han influido en el indispensable estudio que la jurisprudencia hace de los contratos atípicos, estos son, por una parte, el principio de la autonomía privada y por otra, el permanente interrogante sobre las normas jurídicas aplicables a esta clase de contratos.

La influencia que ejerce el principio de la autonomía privada radica en que éste constituye el fundamento de los contratos atípicos en cualquier ordenamiento jurídico, y como en nuestro ordenamiento jurídico dicho principio se encuentra consagrado tanto a nivel constitucional como legal¹, resulta lógico que la figura objeto de nuestro estudio tenga cabida en el mismo. Ahora, la razón por la cual, la autonomía privada le da vida a la figura de los contratos atípicos, está en los elementos que la componen, estos son, la soberanía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la voluntad², pues mientras que el primero le permite a las personas crear nuevas figuras contractuales cuando las existentes no logran alcanzar los intereses que se han propuesto, el segundo, le otorga fuerza a dicha disposición de intereses, evitando que los individuos se sustraigan a su cumplimiento.

De igual importancia resulta el segundo factor, pues una vez celebrado un contrato de esta naturaleza, en el evento de presentarse un conflicto sobre el mismo, resultará necesario determinar las normas que le son aplicables, razón por la cual la jurisdicción tendrá que entrar a estudiar la cuestión.

A partir de este momento centraremos nuestro estudio en la problemática relacionada con las normas aplicables a los contratos atípicos, para lo cual consideramos necesario hacer alusión en primer lugar, a la tipicidad contractual, al concepto, clases y figuras afines a los

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia con estudios de especialización en derecho comercial de la misma Universidad. Asistente de Coordinación del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Constitución Política artículo 333, Código Civil artículo 1602.

² CRISTIAN LARROUMET. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Temis, 1993, p. 86.

contratos atípicos y finalmente a los métodos sugeridos por la ley y la doctrina para solucionar éste conflicto.

I. TIPICIDAD CONTRACTUAL

Existen diversas formas de plantear el pensamiento jurídico, entre ellas, hay algunas que tienden a la abstracción, mientras que otras por el contrario procuran la concreción, estas dos formas se contraponen, así por ejemplo, del contenido de las formas abstractas se dice que no es perceptible, mientras que el contenido de las concretas sí es perceptible, en ocasiones las primeras aparecen como lo indeterminado, mientras que las segundas, como lo determinado, también se dice que las formas abstractas constituyen lo general, mientras que las concretas son lo singular. Dentro de las formas abstractas de plantear el pensamiento jurídico se identifican los conceptos y dentro de las formas concretas se identifican los tipos³.

Tal distinción es importante, pues “el tipo como forma de pensamiento sirve, finalmente, a la Ciencia del Derecho para una caracterización más concreta de ciertas clases de relaciones jurídicas, en especial de derechos subjetivos y de relaciones obligatorias contractuales”⁴, adicionalmente, la delimitación de los contratos a través de tipos permite que se combinen elementos de los mismos para formar nuevos contratos -que como se verá más adelante, es fundamental para que tenga existencia una de las clases de contratos atípicos-, lo que por el contrario, no se puede lograr cuando la delimitación es conceptual⁵.

Así las cosas tenemos que el tipo es aplicable en el ámbito contractual, y dentro de éste, es concebido como el contrato entendido en forma general, o como las diversas especies contractuales reguladas por el ordenamiento jurídico⁶, esa aprehensión del ordenamiento jurídico se hace por medio de la tipicidad, lo que nos permite definirla como el mecanismo a través del cual se regula una figura que anteriormente se encontraba en la realidad social⁷. Es importante tener en cuenta que esa regulación sólo se dará cuando la figura

³ KARL ENGISCH. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, Granada, Editorial Comares S.L., 2004, p. 61 y ss.

⁴ KARL LARENZ. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 456.

⁵ K. LARENZ. *Metodología..*, p. 456.

⁶ MARIA DEL CARMEN GETE ALONSO Y CALERA. *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 18 y 19, considera que esta definición de tipo permite distinguir dos clases de tipicidad: “En efecto, si la tipicidad opera sobre una determinada realidad social que se toma como base, y a la que de tipo social se eleva a la categoría de tipo jurídico; cabe decir que la conducta o relación social de la que parte la tipicidad contractual es, en primer término, el *Contrato* considerado *in genere*: o sea el acuerdo de voluntades tendente a producir obligaciones. (...) Posteriormente, de la conducta base o tipo jurídico ya creado, se procederá a una nueva reordenación o reorganización: del contrato *in genere* se diversificará a distintos contratos a los que se llamará, precisamente, *tipos contractuales*. En este orden de cosas puede hablarse, entonces, de una *tipicidad de primer orden o grado* -el contrato- frente a otra de *segundo orden o grado* -los contratos-”.

⁷ MARIA DEL CARMEN GETE ALONSO Y CALERA. *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 18.

encontrada en la sociedad cumple una función económico-social relevante para el derecho⁸, pues de lo contrario el ordenamiento jurídico no haría ningún esfuerzo para introducirla en el mismo.

Esa tipicidad cumple dos funciones, una función individualizadora y una función jurídica⁹, esta última a su vez comprende dos aspectos, la configuración y la regulación. La labor individualizadora consiste en distinguir las figuras que se pueden encontrar en la realidad social de acuerdo con la materia a la cual pertenecen, es decir, nos permite diferenciar las figuras contractuales de las penales o fiscales ubicándolas como tipos distintos. Por su parte, la función jurídica implica la configuración y regulación de la figura contractual encontrada en la realidad social, la primera se hace a través de una descripción de los elementos que la componen, estableciendo el supuesto de hecho, mientras que la segunda consiste en determinar los efectos jurídicos que corresponden a ese supuesto de hecho.

Observemos bien, que al hablar de tipicidad nos estamos refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico, sin especificar la fuente que cumple dicha función, por lo que debemos entender que esa tipificación se puede presentar por medio de la ley, pero también por otras fuentes del derecho. De ahí que la doctrina clasifique la tipicidad en social y legal¹⁰, comprendiendo por la primera aquella que se hace a través de la ley, y por la segunda, aquella que proviene de fuentes diferentes a la legal, comúnmente, por medio de la costumbre y la jurisprudencia. En estos términos, así como podemos mencionar una tipicidad legal y otra social, también podemos clasificar los tipos, refiriéndonos con ello a los contratos, en dos clases, aquellos que han sido tipificados por la ley, y por ello se dice que tienen tipicidad social y legal, y aquellos otros que no han sido regulados por la ley pero sí por otras fuentes del derecho, por lo que se conciben como tipos sin tipicidad legal pero con tipicidad social.

Por el contrario, cuando una figura contractual se encuentra en la realidad social pero no es utilizada en forma reiterada por las personas sino que proviene de una excepcional disposición de intereses, lo que explica que no sea regulada por la costumbre o la jurisprudencia, y menos aún por la ley, estaremos frente a un contrato totalmente atípico, pues no tiene tipicidad social ni legal¹¹, aún así, recordemos que esta clase de figuras contractuales también tienen lugar en el ordenamiento jurídico en virtud del ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad. Así las cosas, para efectos de nuestro estudio nos referiremos tanto a los contratos con tipicidad social pero sin tipicidad legal y a los totalmente atípicos.

⁸ EMILIO BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Editorial Comares S.L., 2000, P. 98.

⁹ MARIA DEL CARMEN GETE ALONSO Y CALERA. *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 16.

¹⁰ MARIA DEL CARMEN. *Estructura...*, ob.cit., p. 21. “Entonces, lógicamente frente a una *tipicidad* que pudiera denominarse *legal* y que aparece en la descripción y regulación que efectúan el Código Civil y leyes especiales; cabe hablar de una *tipicidad social*”.

¹¹ MARIA DEL CARMEN. *Estructura...*, ob.cit., p. 22. “La cuestión, entonces, se plantea en la contraposición entre tipicidad (englobando, ahora, a ambas categorías) y la denominada *atipicidad*, que, por definición, supone una absoluta carencia de acogida en el Ordenamiento, y de regulación”.

Antes de entrar a analizar el concepto de contrato atípico, debemos hacer una pequeña mención a los modos de operar de la tipicidad legal, pues de acuerdo con esto podemos establecer cuando un contrato tiene tipicidad legal y por ello no resulta necesario responder al interrogante planteado, aunque por la forma de la regulación parecería lo contrario.

La tipicidad legal puede operar de cuatro formas, en forma directa o por remisión y en forma completa o incompleta¹². Generalmente el legislador regula las figuras contractuales de manera directa y completa; la tipicidad es directa cuando cumple a cabalidad su función jurídica, esto es, además de describir la figura contractual en sus elementos y características, dando lugar a su configuración, la regula de acuerdo con dicha descripción, constituyendo una regulación propia e independiente; será completa la tipicidad cuando el grado de extensión de la regulación sea suficiente, de tal forma que el intérprete no se tenga que remitir a una regulación supletoria o subsidiaria.

En contraposición a las anteriores y por razones de economía legislativa¹³, la tipicidad puede operar por remisión y en forma incompleta, en la primera, a pesar de regularse la figura contractual, cumpliendo de esta manera su función jurídica, y por ello, aclaro, no existir duda sobre su tipicidad legal al punto de no plantearse el interrogante sobre las normas jurídicas que le deben ser aplicadas, tal regulación no se hace en función de los elementos y características por medio de las cuales se configuró, sino que por el contrario, al compartir un elemento que se reputa como dominante con otra figura contractual, le fijan la regulación prevista para este último¹⁴. En nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que una tipicidad de esta clase se puede apreciar en la del contrato en el cual se produce la entrega al posadero de las cosas que quién se aloja en la posada trae consigo, pues conforme al artículo 2265 del Código Civil¹⁵ en el que se describe esta figura contractual, su regulación será la prevista para el depósito necesario, y aunque la razón expuesta por la ley para que ello sea así, es la semejanza que entre los dos contratos existe, en realidad se trata de la preeminencia del elemento del depósito necesario consistente en la imposibilidad del depositante de elegir libremente a su depositario, el cual se encuentra presente en el tipo contractual aquí referido.

La tipicidad opera de manera incompleta cuando el legislador, casi que previendo la insuficiencia de la regulación fijada para una determinada figura contractual, señala al intérprete una regulación de carácter subsidiario a la cual puede acudir en caso de presentarse algún vacío, perteneciendo esta última a otra figura contractual con la cual ambos tipos de contratos tienen aspectos en común. Como se puede apreciar en este evento, el legislador también ha ejecutado su labor jurídica a través de la configuración y regulación de la figura contractual, sólo que se fija una regulación subsidiaria. Ejemplifica

¹² MARIA DEL CARMEN. *Estructura...*, ob.cit., p. 24 y ss.

¹³ MARIA DEL CARMEN. *Estructura...*, ob.cit., p. 29, nos explica que en ocasiones el legislador regula de esta manera las figuras contractuales, para evitar repeticiones innecesarias.

¹⁴ MARIA DEL CARMEN. *Estructura...*, ob.cit., p. 26. "Ello se debe a que entre los elementos típicos que se predicen de estos tipos, hay alguno perteneciente a otro tipo distinto que hace que actúe, en la ley, como dominante en el momento de determinar su concreta regulación".

¹⁵ Código Civil artículo 2.265: "Los efectos que el que se aloja en una posada introduce en ella, entregándolos al posadero, o a sus dependientes, se miran como depositados bajo la custodia del posadero. Este depósito se asemeja al necesario y se le aplican los artículos 2261 y siguientes".

esta manera de operar de la tipicidad legal, la regulación prevista para el contrato de permuta, pues en el artículo 1958 del Código Civil¹⁶ y 910 del Código de Comercio¹⁷, se prevé como subsidiaria de aquella, la regulación del contrato de compraventa.

Teniendo en cuenta lo anterior, es imperiosa la necesidad de revisar si el legislador ha remitido a otra figura contractual para efectos de regular un contrato o para llenar los vacíos que ha dejado en el mismo, pues esto nos permite identificar como típico legal, un contrato que aparentemente no lo es, y en esta medida, evitar una búsqueda innecesaria de su regulación, pues el legislador ya la habrá previsto.

II. CONTRATOS ATÍPICOS

A. DEFINICIÓN

Este es uno de los aspectos más importantes de nuestro estudio, pues de acuerdo con el concepto que se acoja de contrato atípico se podrá calificar como tal una determinada figura contractual, sin embargo, esta labor no resulta sencilla teniendo en cuenta las variadas definiciones que se plantean en la doctrina, en la jurisprudencia e incluso en la ley.

Dentro de las diversas definiciones de contratos atípicos se observa que con frecuencia los doctrinantes recurren a aquella según la cual: "Los contratos atípicos o innominados son los que no tienen una disciplina jurídica propia"¹⁸, derivan entonces de este concepto

¹⁶ Código Civil artículo 1958: "*Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio*".

¹⁷ Código de Comercio artículo 910: "*Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato*".

¹⁸ En este sentido, F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob. cit., pp. 378, "...por contrato innominado en antítesis a contrato nominado, se entiende aquél para el cual la Ley no ha dispuesto previamente una particular disciplina jurídica", R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría General...*, Ob. cit., p.139, "...puede que las partes celebren un contrato completamente disconforme con los tipos disciplinados por la ley, para tales negocios se suele adoptar la terminología ya mencionada de contrato innominado", HECTOR MASNATTA. *El Contrato Atípico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pp. 19 y ss, "El calificativo "innominado" se emplea por nuestro Código para señalar que la ley no designa en esos casos al contrato bajo una denominación especial (...) Pero, evidentemente, el hecho de no tener un nomen iuris en el ordenamiento legal depende de la falta de una disciplina propia", por el contrario, algunos comparten sólo una parte de esa definición, así por ejemplo JOSÉ MARÍA GASTALDI. *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 168, quien considera que los términos atípico o innominado se pueden usar alternativamente tal como se desprende del siguiente texto: "Hemos señalado, en la moderna terminología se reemplaza la nomenclatura por la de "típicos" -serían los nominados- y "atípicos" -los innominados-, terminología más aceptable porque se adapta mejor al concepto. Sin embargo, consideramos que puede utilizarse una u otra nomenclatura, en la medida que le demos el exacto concepto de tener o no regulación", igualmente JORGE MOSSET ITURRASPE. *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzolni Editores, 1995, pp. 71, "Fuera de los contratos típicos, en un sistema de base romanizada como es el argentino se encuentran la serie inagotable de los contratos innominados o atípicos, vocablos con los cuales se designan todos aquellos contratos que no encuentran su sede dentro de la ley civil"; mientras que otros autores creen necesario distinguir los conceptos de tipicidad y nominación, pero insisten en el de disciplina jurídica, como es el caso de JAVIER ARCE GARGOLLO. *Contratos Mercantiles Atípicos*, 2a ed., México, Editorial Trillas,

dos cuestiones que deben ser analizadas con mayor detenimiento, por una parte la equiparación de los conceptos de tipicidad y nominalismo y por otra, el uso de la expresión disciplina jurídica.

En cuanto a la primera, esto es, la equiparación de los conceptos de tipicidad y nominación resulta necesario aclarar que dicho tratamiento es erróneo por cuanto tales figuras se refieren a fenómenos distintos¹⁹, así pues, mientras la tipicidad -como se ha visto- implica la regulación de figuras contractuales de primer o segundo orden mediante la ley, el nominalismo por el contrario es un concepto que en su origen estaba referido a la eficacia obligatoria del contrato de tal forma que se consideraban nominados aquellos que por tener un determinado fundamento jurídico (causa) y una acción procesal propia lograban una directa eficacia obligatoria otorgada por la ley, con posterioridad debido al predominio de las causas genéricas sobre las específicas este concepto de nominación no tendrá utilidad práctica²⁰ por lo que será concebido simplemente como la existencia en la ley de una denominación específica para las figuras contractuales²¹; en estos nuevos términos, los contratos innominados serán aquellos que no tienen un nombre reconocido por la ley, a contrario sensu, los nominados serán aquellos que poseen un nombre reconocido por la ley.

Queda claro entonces que no es posible utilizar en forma equivalente el concepto de nominalismo al de tipicidad pues aunque este último es el resultado de la evolución del primer concepto, parte de un fundamento distinto, ya no es la eficacia obligatoria del contrato, propia en la actualidad de todas las figuras contractuales, sino la existencia de una determinada regulación por parte de la ley. Sin embargo hay doctrinantes que insisten en otorgar a los contratos atípicos la expresión de innominados por considerar esta última consecuencial de la primera pues, afirman, si un contrato es atípico por no estar regulado en la ley también será innominado ya que no tendrá un nombre reconocido por ella, a todas luces esta posición es equívoca por cuanto -como se ha dicho-, la

1989, pp. 46 y ss, ” Los contratos atípicos -como concepto negativo de los típicos- son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación. Sin embargo, algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley (nominados) o por la doctrina”.

¹⁹ MA. DEL CARMEN. *Estructura...*, Ob. cit., pp. 32, “*Tipo y tipicidad* se refieren a *clases de regulación jurídica*, a modo de -nuevamente repetimos- organización de ésta en sede contractual; en tanto en cuanto la ideas de *Nomen* y *Nominación* hacen relación al *fundamento de la eficacia obligacional del contrato*”.

²⁰ Así lo afirma MARCELO PLANIOL Y JORGE RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo Sexto Las Obligaciones, La Habana, Cultural S.A., 1936, pp. 57, “Dado que en nuestro derecho todos los contratos regularmente celebrados tienen fuerza obligatoria, esta división no tiene ya la importancia que ofrecía en tiempos de Roma, en que expresaba la desigual eficacia de los distintos modos de obligarse. Lo que se pretendió puntualizar en el art. 1107 del C.Ci., es que al lado de los contratos que han sido objeto de una regulación y calificación legales, pueden existir otras relaciones contractuales no especialmente previstas en los textos legales”.

²¹ MA. DEL CARMEN. *Estructura...*, Ob. cit., pp. 32 y 33, “En la evolución doctrinal posterior -como se verá-el nomen, tal como era concebido, pierde importancia por el predominio, en la clasificación contractual, de las causas genéricas sobre las específicas. El significado moderno de la diferenciación entre contratos nominados-contratos innominados, a partir de la Escuela de Derecho Natural, viene a decantarse hacia la idea de que la nominación es un dato puramente adjetivo o gramatical”.

tipicidad es diferente de la nominación, de forma tal que un contrato puede tener un nombre reconocido por la ley pero no estar regulado²².

El segundo aspecto de la definición de contratos atípicos que debe ser analizado en este trabajo es el de la expresión “disciplina jurídica” ya que resulta imprescindible establecer a que se refiere la doctrina con dicha expresión. Pues bien, de todas las definiciones de contratos atípicos en las que se utiliza este concepto deriva que el mismo es entendido como un conjunto de normas, como una regulación a través de la ley, lo que a nuestro juicio resulta demasiado abstracto para poder diferenciar un contrato típico de otro atípico ya que la forma de la regulación (aspecto cualitativo) en ocasiones varía de acuerdo con la figura contractual de la cual se trate, y en este preciso punto se pueden identificar algunas diferencias que lleven a considerar que un contrato aparentemente regulado no lo está y por ende calificarlo como atípico.

Debido a esta dificultad algunos estudiosos en la materia han propuesto definiciones en las que especifican las características que debe tener la regulación de un contrato para poder considerarlo como típico²³. No se sustrae a dicha labor nuestra jurisprudencia que además de plantear una definición de contratos atípicos, ha establecido en diferentes providencias algunos criterios que complementan ésta, entre los cuales resaltamos los siguientes:

- LA INEXISTENCIA DE UNA REGULACIÓN NORMATIVA PROPIAMENTE DICHA:

²² MA. DEL CARMEN. *Estructura...*, Ob. cit., pp. 35, “Sin embargo, la ley, en ocasiones, puede actuar únicamente a través de denominaciones legales sin atender a tipicidad (regulación y configuración), en la genuina expresión que se quiere formular con estos conceptos: tal contrato será nominado, pero no será típico porque no se prevé una regulación aplicable al mismo”.

²³ Así por ejemplo J. GASTALDI. *Contratos*, Ob.cit., pp. 173, “Ampliando el concepto común que señala que el contrato atípico es “el que no tiene regulación legal”, preferimos definirlo como “aquel que no tiene una regulación expresa, completa y unitaria en la ley”. Justificamos la calificación de “expresa”- en lugar de la de “propia”, “particular” o “específica”, que suelen ser las mas usadas-, para resaltar que un contrato es típico no sólo cuando tiene una regulación propia, directa, sino también cuando la tiene por remisión (tal por ejemplo, en nuestro Código Civil, la cesión impropia o gratuita -ver art.1437-). Nos parece más conveniente el uso del término “expresa”, porque cualquiera de los otros términos mencionados originan cierta confusión, al dar una equivocada idea de que la regulación debe ser “exclusiva” de un contrato para considerarlo típico, lo que no es así. Respecto a que la regulación debe ser “completa” queremos significar con ello que no basta que uno o algunos de los elementos de un contrato encajen en uno o en más de un contrato típico para considerarlo tal, sino que para ser típico la regulación debe ser completa, de ese contrato, no tomando elementos de varios. En cuanto al término “unitaria”, lo usamos para indicar que tampoco un contrato será típico aunque la totalidad de sus elementos entren en dos o más contratos típicos, pues para adquirir tipicidad deberán entrar todos en una sola figura contractual. Con estos conceptos nos apartamos del criterio que al lado de los contratos típicos y los atípicos pone un tercer supuesto, los contratos “parcialmente atípicos”, que son “aquellos que la ley los ha previsto con una individualidad propia y de los cuales, sin embargo, la ley no ha previsto una regulación total en sus cláusulas esenciales”, como también eliminamos la existencia de ciertos contratos que se han calificado como “típicos atípicos” o “usualmente típicos” y que serían los que no obstante ser atípicos, por darse frecuentemente, van siendo estructurados dentro de moldes “de la vida y de la jurisprudencia” hasta que la ley los recoge”.

Con ello se quiere advertir que en ocasiones existen figuras contractuales que aparentemente se encuentran reguladas, pero en realidad no lo están, pues dicha regulación se refiere a otros aspectos relacionados con la misma, e incluso puede suceder que por medio de esas disposiciones se otorgue un nombre a esa figura contractual, aún así y teniendo en cuenta lo dicho sobre la diferencia entre la nominación y la tipicidad, se podrá considerar éste contrato, como de la naturaleza de los atípicos.

Así quedó expuesto en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que al analizar la naturaleza jurídica del contrato de agencia de seguros, después de estudiar las normas relacionadas con la materia, se llegó a la conclusión de que las mismas no regulan el contrato en sí mismo considerado sino que por el contrario se encargan de disciplinar la actividad del agente de seguros, lo hizo en los siguientes términos:

“Ahora bien, en cuanto a si el contrato de agencia de seguros es típico, debe decirse que de la lectura de las normas que regían la agencia de seguros desde que se inició el vínculo contractual que existió entre la compañía recurrente y el Señor Antonio María Vélez Garcés, hasta su terminación, incluida la reforma del Código de Comercio a que se ha hecho mención y las normas posteriores que establecen el actual régimen aplicable para ese tipo de intermediación, se desprende que nunca el legislador ha intentado disciplinar con la especificidad requerida, suficiente como para darle el cuerpo de un contrato típico, el vínculo que contraen directamente la Compañía y la Agencia de Seguros. La Ley, al igual que lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de las aseguradoras y de sus intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que estos celebran; y sin que las normas expedidas a ese respecto sean incompatibles con los contratos que celebran quienes se dedican a dichos oficios, profesiones o actividades, justamente en desarrollo de éstas; y sin que, a su vez, comporte en principio, una limitación de la autonomía de la voluntad que, por regla general, se le reconoce a las partes contratantes. Concretamente en la materia que la ley denomina con el nombre de “agencia de seguros”, la Superintendencia Bancaria, por medio de la Resolución 22 de 1955, y luego la ley 65 de 1966, lo que ha hecho es regular y diferenciar la actividad que desempeñan los agentes y las agencias colocadoras de seguros; ante todo, su expedición muestra una manifestación de la intervención del Estado en un asunto de indudable incidencia en las relaciones económicas que afectan la colectividad, intervención que hacía necesaria dada la especialidad y la técnica que exige el manejo de los seguros, la expansión de éstos en el mercado y la numerosa participación de intermediarios; todo con el objeto primordial de garantizarle al público, particularmente al tomador de seguros y a los asegurados, la confianza requerida que les permitiese acudir a tales auxiliares bajo el convencimiento de que son personas idóneas moral y profesionalmente, y suficientemente capaces desde un punto de vista técnico-económico de inducirlos a trasladar los riesgos a un determinado asegurador, de tal manera que el afectado, si es del caso, pueda quedar a salvo de las consecuencias nocivas de su ocurrencia. Y aunque la ley siempre haya señalado las facultades mínimas de que deben estar investidas las agencias para que se pueda considerar que ejercen la actividad regulada, y por sobre todo, en orden a permitir que cumplan a cabalidad su labor de intermediación entre las futuras

partes contratantes del seguro, ello no implica, per se, que se halle en dichos estatutos legales las normas que disciplinan en particular el contrato de agencia de seguros. Así dicha resolución y las normas posteriores que reiteran sus ordenamientos, en punto de la agencia de seguros, la definen como “la oficina dirigida por una persona, natural o jurídica, que por medio de una organización propia represente una o varias compañías de seguros en un determinado territorio, con las facultades mínimas señaladas en el artículo 11 de esta ley” (L. 65/66, art. 10, concebido en idénticos términos a los de la Res. 22/55, art. 7, facultades que aún mantiene el art. 42 del estatuto financiero). Resolución y Ley en verdad, a partir de esa definición ajena a la concepción del contrato como vínculo que genera obligaciones, han centrado su atención en quienes pueden desempeñarse como agentes o dirigir las agencias de seguros; las inhabilidades que los afectan; el control que de éstas compete ejercer a la Superintendencia Bancaria; la inscripción ante ella de la agencia por parte de la aseguradora, como requisito indispensable para que tal intermediario pueda iniciar o proseguir sus operaciones (...). En suma, se trata ciertamente de un catálogo de normas del cual no surge una regulación suficiente dirigida a estructurar, como un contrato típico o normado, el que celebran agente y agenciado, por razón de la actividad de la agencia, ésta sí disciplinada por el legislador”. Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Octubre 22 de 2001.

Sin embargo en esta providencia no se concreta aún el criterio de la carencia de una regulación normativa propiamente dicha, lo que se hace con posterioridad al resolver un litigio suscitado en torno a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por vicios ocultos en el denominado contrato de leasing financiero:

*“La sola reseña de la convención materia de exégesis, pone de presente que el leasing es un contrato que reviste ciertas particularidades que, ab initio, lo hacen diferente de los distintos negocios jurídicos regulados por la ley. Y esa circunstancia conduce a plantear, delantamente, que a él no se le ha dispensado - en Colombia y en buena parte de la legislación comparada- **una regulación normativa propiamente dicha**, vale decir, suficiente, en lo estructural y en lo nuclear, sin que por tal, en estricto sentido, se pueda tener la contenida en el Decreto 913 de 1993, cuyas provisiones generales en torno al contrato de leasing, que -en un sentido amplio- también denomina “arrendamiento financiero”, tienen como definido propósito delimitar el ámbito de las operaciones que, in concreto, pueden desarrollar las compañías de financiamiento comercial o las sociedades especializadas en leasing (art. 1o). De ahí que se trate, en puridad, de un decreto expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades de intervención que le fueron concedidas por la Constitución y la Ley “en relación con las entidades financieras” (arts. 189 numeral 24 y 335 Constitución Política; numeral 1o, lits. a) y f) art. 48 Dec. 663/93), lo que devela que esa normatividad, al igual que la precedente (Decs. 148/79; 2059/81; Ley 74/89; Dec. 3039/89, entre otros), más que disciplinar el negocio jurídico en sí mismo considerado, tiene una finalidad fundamentalmente orgánica, como quiera que se enmarca dentro del régimen de las entidades que -por ley- pueden adelantar este tipo de operaciones. Expresado de otra manera, aquella es una*

preceptiva más propia del derecho público financiero o societario, que del derecho privado contractual (ius privatum). En este orden de ideas, como el legislador - rigurosamente- no se ha ocupado de reglamentar el contrato en cuestión, mejor aún, no le ha otorgado un tratamiento normativo hipotético, al cual, “cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla general” (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp. 5817), es menester considerar, desde la perspectiva en comento, que el leasing es un negocio jurídico atípico”. Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo J., Diciembre 13 de 2002.

De lo transcrito se observa que la Corte Suprema de Justicia llega a la conclusión de ser el contrato de leasing un verdadero contrato atípico, debido a que las normas a través de las cuales supuestamente se regula dicha figura contractual en realidad están regulando - de la misma forma que en la sentencia anterior- la actividad desarrollada por las compañías de financiamiento comercial con fundamento en la facultad de intervención que la Constitución y la ley le otorgan al Gobierno Nacional en relación con las entidades financieras, y no el contrato en sí mismo considerado, a esto es que se refiere la doctrina y la jurisprudencia cuando expresa que un contrato atípico es aquel que no tiene una regulación normativa propiamente dicha²⁴.

- CONFIGURACIÓN INCOMPLETA DEL CONTRATO O INEXISTENCIA DE REGULACIÓN²⁵:

Diferente al criterio anterior es el que aquí denominamos configuración incompleta del contrato, pues en este evento la problemática no se circunscribe a un conjunto de disposiciones que en vez de regular la figura contractual disciplinan otros aspectos relacionados con la misma, sino a una serie de normas que sí se refieren al contrato, pero lo hacen en forma vaga e insuficiente. La pregunta lógica que surge de allí es: ¿Cuándo la regulación de un contrato es insuficiente?.

Nuestra jurisprudencia ha estudiado tangencialmente la cuestión, pues en diversas providencias ha mencionado las razones por las cuales considera que en el caso concreto la regulación del contrato es incompleta²⁶ sin entrar a establecer unas reglas generales aplicables a cualquier figura contractual. Así por ejemplo, para el referido

²⁴ Con relación a esta sentencia resulta necesario indicar que en un primer momento se atribuye a la carencia de una regulación normativa propiamente dicha la explicación de ser ésta insuficiente tanto en lo nuclear como en lo estructural, pero con posterioridad expone argumentos tendientes a demostrar que una figura contractual se encuentra en dicha situación cuando su supuesta regulación se refiere en realidad a aspectos diferentes de la misma, por ello consideramos que el correcto entendimiento de la expresión mencionada es éste último, atendiendo al tenor literal de las palabras.

²⁵ En primer lugar debemos recordar aquí que la expresión “*configuración*” se refiere, como quedó dicho atrás, a la descripción que el legislador hace de los elementos y características de una determinada figura contractual y constituye uno de los aspectos de la función jurídica de la tipicidad, mientras que el concepto de “*regulación*”, comprensivo también de la función jurídica de la tipicidad, alude a la determinación de los efectos jurídicos que el contrato trae consigo.

²⁶ Es necesario aclarar que el problema aquí no es la falta de completud de la regulación, sino su inexistencia, por lo que consideramos inconveniente la expresión utilizada por la jurisprudencia, teniendo en cuenta además que se puede confundir, con una de las formas de operar de la tipicidad legal.

contrato de agencia de seguros la Corte Suprema de Justicia expresó: “*Antes bien, las normas en cuestión dan a entender que existe un contrato que ata a las partes pero sin entrar a regularlo en cuanto a sus efectos internos: duración, efectos y extinción*”²⁷.

Esta misma entidad explicó respecto del contrato de leasing financiero que aún siendo descrito por el Decreto 913 de 1993 no perdía por ello su carácter de atípico “*pues la atipicidad no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel (sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características*”²⁸. Sobre la materia encontramos también un Laudo Arbitral que al analizar la figura contractual del encargo fiduciario celebrado por las entidades estatales, llega a la conclusión de ser éste un contrato de la naturaleza de los atípicos debido a que “*los elementos sustanciales o esenciales que deben individualizar o diferenciar esa clase de contratos, de los demás de su género, no se encuentran recogidos y menos regulados de manera suficiente y completa en el ordenamiento positivo, cuestión que permite sostener entonces que en realidad se trata de un contrato atípico*”²⁹.

Como vemos, no existen en nuestra jurisprudencia un conjunto de criterios ordenados en forma lógica y coherente que permitan identificar cuando la configuración de un contrato es insuficiente para efectos de establecer su atipicidad, pues se recurre en forma aleatoria a diversos aspectos del mismo, entre ellos, a sus elementos, características, entre otros.

La solución a esta problemática está sin lugar a dudas en las funciones de la tipicidad contractual -ya estudiadas-, esto es, en la función individualizadora y en la función jurídica, conformada a su vez por la función configuradora y la reguladora, pues resulta necesario que se cumpla a cabalidad cada una de ellas para considerar que una figura contractual se encuentra tipificada por la ley. En estos términos, no será suficiente con que la ley se encargue de diferenciar un tipo contractual de un tipo fiscal o penal sino que por el contrario también será necesario que configure el tipo contractual a través de sus elementos, sobre todo los esenciales, pues recordemos que conforme al ordenamiento jurídico éstos son los que permiten afirmar la existencia de un contrato y por ello distinguirlo de los demás, de lo contrario resultará una labor demasiado ardua para el

²⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Octubre 22 de 2001.

²⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo J., diciembre 13 de 2002.

²⁹ Laudo Arbitral, Fiducolombia S.A., Fiduciaria La Previsora S.A. y Fiducafé S.A. (integrantes del consorcio Fisalud) Vs. La Nación — Ministerio de Salud, hoy Ministerio de Protección Social Diciembre 11 de 2003 “Si bien dicho Contrato N° 0255 de 2000 se encuentra nominado expresamente por las partes como de “encargo fiduciario” y el examen de su contenido permite concluir que el mismo corresponde, precisamente, a los contratos que con igual nominación contempla la Ley 80 de 1993 en el numeral 5° de su artículo 32 en armonía con lo que la práctica de las entidades financieras, específicamente las fiduciarias, suelen reconocer o tratar como “encargos fiduciarios”, no es menos cierto que en estricto rigor los elementos sustanciales o esenciales que deben individualizar o diferenciar esa clase de contratos, de los demás de su género, no se encuentran recogidos y menos regulados de manera suficiente y completa en el ordenamiento positivo, cuestión que permite sostener entonces que en realidad se trata de un contrato atípico”.

intérprete establecer la naturaleza del contrato frente al cual se encuentra, igualmente será necesaria la regulación del contrato a través de sus efectos jurídicos.

Estos son a nuestro entender los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el intérprete para poder identificar un contrato como típico o atípico.

B. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Este es uno de los aspectos más interesantes de nuestro estudio, pues aunque infinitas son las formas en que se pueden presentar los contratos atípicos desde hace ya algún tiempo la doctrina se ha encargado en forma bastante clara de recoger éstas dentro de un número reducido pero suficiente de categorías; además, tiene una importante incidencia en el estudio del régimen jurídico aplicable a los contratos mismos convirtiéndose por ello en uno de los puntos centrales del presente trabajo.

Igual que ocurre con el concepto de contrato atípico también son diversas las categorías que sobre éstos plantean los doctrinantes³⁰, sin embargo, al analizar cada una de ellas se llega fácilmente a la conclusión que sus diferencias radican simplemente en la denominación que se les da, pues en el fondo todas conservan un criterio básico cual es el de la composición de esta clase de contratos, así pues, mientras algunos contratos atípicos están conformados por elementos de los contratos denominados típicos, otros por el contrario tienen un contenido independiente del que corresponde a las figuras contractuales de dicha naturaleza.

Aunque el contenido del contrato -tal como se puede apreciar- es un aspecto fundamental para clasificar los contratos atípicos, también lo es la tipicidad³¹, pues como se observó

³⁰ Entre las diferentes clasificaciones resaltamos las siguientes, E. BETTI. *Teoría...*, Ob.cit., pp.70, "En la órbita totalizadora de estos contratos, que convenimos en llamar anómalos, y que, aún cuando no entren en los tipos legales, obedecen a funciones sociales típicas de cooperación, podemos establecer algunas distinciones: a) negocios irregulares, b) negocios que podríamos llamar anómalos innominados, y c) negocios impropriamente llamados mixtos, que mejor estarían calificados como anómalos compuestos o híbridos", F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 396, quien se refiere a dos categorías, la de los contratos innominados en sentido estricto o Innominados puros y la de los contratos mixtos, la primera de ellas compuesta a su vez por contratos "con un contenido completamente extraño a los tipos legales; que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras disciplinadas por la ley, y por aquellos contratos en los que sólo algunos elementos serían extraños a los legales, mientras otros con una función prevalente, serían elementos legales, es decir, elementos conocidos y propios solamente de un contrato dado", R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría General...*, Ob.cit., p. 140, "Nos parece oportuno relevar la distinción inicial entre los contratos innominados con contenido parcialmente correspondiente a un contrato típico y aquellos con contenido completamente extraño a todo tipo legal...", H. MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp. 51 y ss, "En nuestro criterio los contratos atípicos pueden dividirse en dos grandes categorías: A) Contratos atípicos puros y B) Contratos atípicos mixtos o complejos", J. ARCE. *Contratos...* Ob.cit., pp. 53, "En una primera distinción se habla de contratos atípicos en sentido estricto (atípicos puros) y contratos mixtos o complejos".

³¹ Para MA. DEL CARMEN. *Estructura...*, Ob. cit., pp. 21 y ss, resulta importante el origen de la tipicidad para identificar las diversas clases de contratos que de ella derivan, lo pone de presente al decir: "A tipo legal y tipo social siempre le corresponderá, de esta manera, una regulación: la prevista en el Código Civil u otras leyes, y la creada a través de la reiteración y constancia (en último término por la costumbre). A tipo atípico, en cuanto que no está "reordenado o reorganizado" en principio sólo podrá aplicársele la regulación

en el punto tocante a la tipicidad contractual debido a su origen se pueden identificar tipos que son atípicos legalmente pero típicos socialmente y otros que por el contrario no son típicos legales, ni típicos sociales. Por esta razón consideramos que una completa y sobre todo funcional clasificación de contratos atípicos es aquella que parte de estos dos aspectos, en tales términos podemos clasificar los contratos atípicos en dos categorías, por una parte se encuentra la de aquellos que no tienen tipicidad legal pero si tienen tipicidad social, y por otra aquellos contratos que no tienen tipicidad legal ni social; a su vez, cada una de estas categorías se subdividen en dos especies contractuales de acuerdo con su contenido, hablamos entonces de contratos cuyo contenido se identifica con los elementos de contratos típicos, especie comúnmente denominada contratos mixtos y contratos con un contenido autónomo e independiente de otras figuras contractuales, también conocida como atípicos puros, pero que en el presente trabajo preferimos denominar de la primera forma.

1. CONTRATOS ATÍPICOS CON TIPICIDAD SOCIAL

Estos son aquellos contratos que no han sido regulados por la ley pero cuyo uso reiterado en la sociedad ha permitido su reconocimiento por parte de otras fuentes del derecho como por ejemplo la costumbre y la jurisprudencia, se encuentran constituidos a su vez por:

a. LOS CONTRATOS MIXTOS

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad los particulares pueden crear nuevas figuras contractuales como en el presente caso, en donde se conjugan los elementos de diversos contratos típicos en un sólo contrato el cual tomará la denominación de contrato mixto, tal combinación de elementos contractuales se puede dar de diversas formas entre las cuales hayamos las siguientes:

- CONTRATOS COMBINADOS O GEMELOS

Pertenecen a esta categoría contractual aquellas figuras en las que una de las partes se compromete a varias prestaciones correspondientes cada una de ellas a diferentes tipos de contratos, mientras que el otro contratante se obliga solamente a una prestación unitaria. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia se reconoció esta clase de contrato al observar que mientras uno de los contratantes se había comprometido con dos prestaciones, una de ellas correspondiente a la anticresis y la otra, al mandato remunerado, el otro contratante sólo tenía como contraprestación la entrega de su finca:

“Si se analiza el contenido de la convención que llevaron a cabo Maguin y los Iregui a la luz de la clasificación hecha, se observa que ella encaja en la subespecie de los contratos combinados o gemelos, perteneciente ésta a la clase de los mixtos en sentido lato. En efecto, los Iregui contrajeron las obligaciones principales de servir en su orden con los frutos del cafetal perteneciente a Maguin; el crédito hipotecario a favor del Banco Hipotecario de Bogotá; el crédito por

(=tipicidad) que corresponde al presupuesto básico del que parte (el contrato), la concreta habrá que buscarla en cada caso, y precisamente por ello tales tipos pueden merecer el calificativo de “atípicos” “.

(\$25.206.26) a favor de ellos mismos, garantizado con hipoteca; el sueldo mensual de (\$150) que devengaban por su administración de la hacienda; los gastos proporcionales de la administración de la "Arabia"; y la cantidad mensual de (\$400) para Maguin. De todas estas obligaciones, sólo la segunda corresponde al contrato tipo de anticresis y las demás al de mandato remunerado. Como única contraprestación, Maguin les entregó la finca, en la forma prevista por el art. 2460" (cursiva fuera de texto). Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Juan Francisco Mújica, Mayo 31 de 1938.

- CONTRATOS MIXTOS EN SENTIDO ESTRICTO

Son aquellos que se encuentran compuestos por un elemento que representa un contrato de otro tipo³², sin embargo, para algunos autores éste no es realmente un contrato mixto sino que por el contrario se trata de un contrato simulado³³.

Un ejemplo de esta clase de contrato en nuestra jurisprudencia lo encontramos en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual sobre el mismo se expresó lo siguiente:

*"El contrato **sub-lite** pertenece a la especie de los innominados mixtos, en cuanto que él resulta con elementos atinentes a varios y diversos contratos...; en su forma con los de adhesión y juego, pero materialmente, en su fondo con los de creación y expedición de los títulos nominativos, a la orden y al portador. Se trata del contrato de juego permitido, en su modalidad de rifa o lotería, especie distinta del contrato de juego en sí, "por el cual la parte que promueve la rifa o lotería, distribuyendo -contra el pago del precio- "billetes" adecuados, se compromete a pagar a los poseedores de los billetes que ganan por efecto del sorteo el premio correspondiente". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Pablo Emilio Manotas, Diciembre 5 de 1956.*

- CONTRATOS DE DOBLE TIPO

³² LUDWIG ENNECCERUS. *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1950, pp. 9, "Contratos mixtos en sentido estricto. En estos casos el contrato contiene un elemento que a la vez representa un contrato de otro tipo. Así, la donación puede contener una compraventa, o sea, puede concluirse vendiendo la cosa (por bajo de su valor). Lo mismo una transacción puede implicar una compraventa: renuncio a un crédito litigioso para que me vendas tu caballo por bajo de su valor) a 500 marcos..."

³³ Así por ejemplo H. MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp. 58, "Contratos mixtos en sentido estricto, son los que contienen un elemento que a la vez representa un contrato de otro tipo (vbgr., la donación que contiene una compraventa; contrato de servicio que implica un contrato de sociedad: te obligas a llevar los libros de mi explotación agrícola a cambio de una participación en mi destilería de aguardiente, ejemplifica Enneccerus). En realidad, estamos frente a un contrato simulado y algunos autores no ven aquí contrato mixto"; citando a MASNATTA, J. GASTALDI. *Contratos*, Ob.cit., pp. 179, expone igual posición "No nos parece muy clara la existencia de contrato atípico en estos casos, sino más bien, podría existir un contrato simulado. Además en definitiva, deberán aplicarse las normas de uno de los contratos implicados, lo que resta atipicidad a la figura así concebida".

Nos encontramos frente a esta clase de contratos cuando todo su contenido encaja en dos o más figuras contractuales de tal forma que se manifiesta como un contrato tanto de una especie como de otra. Frente a esta categoría contractual algunos autores advierten que no se trata en realidad de un contrato mixto teniendo en cuenta que éste resulta de la combinación de prestaciones o elementos simples mientras que el contrato de doble tipo está formado en su conjunto por un contrato único bifronte³⁴, en este mismo sentido expresan otros doctrinantes que si bien el contrato de doble tipo es un contrato de la naturaleza de los atípicos por no tener una regulación en la ley, no representa en realidad dos especies de contratos debido a que su contenido no encaja íntegramente en cada una de ellas³⁵.

b. CONTRATOS CON CONTENIDO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE DE OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES

Hay ocasiones en las cuales los contratos atípicos no resultan de la combinación de prestaciones o elementos de diferentes figuras contractuales sino que por el contrario, debido al particular fin económico social que pretenden alcanzar se separan de dichos elementos para configurar un contrato con un contenido propio y autónomo, así lo ha puesto de presente la jurisprudencia de nuestro país la cual ha reconocido el leasing como un contrato atípico con un contenido independiente de otras figuras contractuales, pues aunque la similitud es grande por ejemplo con el contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio, o con el contrato de arrendamiento con opción de compra, entre otros, lo que motiva la celebración del leasing no se equipara al de quien celebra un contrato de compraventa o de arrendamiento³⁶, sin lugar a dudas la Corte se refiere en este caso a la causa del contrato como factor determinante para distinguir la naturaleza autónoma del leasing de la de otros contratos.

³⁴ En este sentido H. MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp. 59.

³⁵ En este sentido J. GASTALDI. *Contratos*, Ob.cit., pp. 179, “Si bien aceptamos la existencia en este supuesto de un contrato atípico, dado que no tiene expresa regulación en la ley, no nos parece adecuada la afirmación de que se trata realmente de contratos de “doble tipo”, es decir que encuadren en dos tipos distintos. Ello porque en realidad tales contratos no encajan íntegramente ni en uno ni en otro de los tipos que se tomarían en cuenta para su regulación”.

³⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo J., Diciembre 13 de 2002, “Similares razones conducen a no acoger aquellas posturas que acoplan o engastan en el leasing, a modo de *collage*, diversos negocios jurídicos (pluralidad negocial, tales como arrendamiento con opción de compra; compraventa con pacto de reserva de dominio, entre otras), habida cuenta que a través de ese expediente, *in radice*, se desdibujan las razones jurídico-económicas que, en la órbita causal, motivan la celebración del contrato, pues, de una parte, no puede afirmarse categórica y privativamente que el usuario en el leasing siempre aspira a hacerse a la propiedad de la cosa, según se esbozó; más bien se ha procurado -en sentido amplio- un mecanismo indirecto de financiación para servirse de la utilidad que le es intrínseca a aquel sin menoscabo del capital de trabajo que posee, conforme a las circunstancias. De igual forma, no puede perderse de vista que la determinación del precio en el contrato de leasing, tiene una fisonomía muy especial, que no responde única y exclusivamente al costo por el uso y goce concedido al arrendatario, sino que obedece, prevalentemente, a criterios financieros que van desde la utilidad propiamente dicha, pasando por la recuperación de la inversión, hasta la eventual transferencia del derecho de propiedad”.

Distinta es la situación de la concesión mercantil en donde la causa del contrato no se separa de aquellas que se encuentran presentes en general en los contratos de distribución, como el suministro, ni de las que motivan la celebración del contrato de agencia comercial, por lo que la función económico-social del contrato de concesión mercantil no resulta afectada al identificarlo como un contrato atípico de la categoría de los mixtos pues sin lugar a dudas proviene de la combinación de elementos de diferentes figuras contractuales, así quedó expuesto en importante laudo arbitral en el que se debatió la calificación que debía dársele al contrato celebrado entre los contratantes³⁷.

2. CONTRATOS ABSOLUTAMENTE ATÍPICOS

Aunque pocas veces nos encontramos frente a contratos de esta clase no podemos por ello desconocer su existencia pues de la misma forma que las categorías contractuales antes analizadas, ésta también proviene del principio de la autonomía de la voluntad, se caracteriza por no tener tipicidad legal ni social, esto es, falta de reconocimiento por la ley o por las denominadas fuentes materiales del derecho como la costumbre y la jurisprudencia debido a que los particulares no recurren a ellas en forma reiterada sino que por el contrario lo hacen esporádicamente. Dentro de esta categoría contractual también se pueden distinguir los contratos mixtos y aquellos cuyo contenido es autónomo e independiente de otras figuras contractuales³⁸.

C. FIGURAS AFINES A LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Reconoce la doctrina y la jurisprudencia algunas figuras que a semejanza de los contratos atípicos surgen como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, pero cuya distinción de esta categoría contractual debe hacerse para evitar incurrir en innecesarios cuestionamientos sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos, en la medida en que no se suscita con relación a ellos ésta problemática que es propia de los contratos que hasta aquí hemos estudiado. A continuación analizaremos cada una de estas figuras afines a los contratos atípicos explicando sus principales características.

³⁷ Laudo Arbitral, Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. Vs. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., "Vecol" S.A., Marzo 19 de 1993, "Ahora bien las prestaciones enumeradas no confluyen en el contrato de concesión como una simple unión de contratos, es decir como una yuxtaposición de convenios nominados y típicos que no se hallan relacionados entre sí, o cuya vinculación obedece a motivaciones económicas, o que están llamados a regir alternativamente por el acaecimiento de una condición. El pacto que se debate es más que eso; constituye un claro ejemplo de un contrato atípico, de los llamados mixtos, resultado de la combinación de prestaciones provenientes de diversos convenios nominados, que dan vida a un nuevo contrato independiente".

³⁸ MA. DEL CARMEN. *Estructura...*, Ob. cit., pp. 23, "En la *atipicidad contractual*, frente al tipo de primer orden que supone la noción de contrato, concretos y peculiares tipos contractuales que: 1. No siendo reiterados y no tendiendo a ser nuevas figuras contractuales con carácter permanente y general, se presentan de forma aislada y esporádica (en casos particulares), 2. Y respecto de los que no puede hablarse de una normativa legal o social concreta (sí por lo que se refiere al tipo básico contrato) sino sólo puramente consensual (Cfr. art.1.091 CC)".

1. UNIONES DE CONTRATOS

Hay unión de contratos cuando entre los mismos contratantes por medio de un sólo acuerdo de voluntades se celebran diferentes figuras contractuales unidas entre sí por una determinada razón, en dicho evento a pesar de existir múltiples prestaciones éstas provienen de varios contratos y no de uno sólo como ocurre con los contratos atípicos de la categoría de los mixtos, la cuestión entonces se centra en el mecanismo para distinguir cuando las diversas prestaciones provienen de un único contrato o de diversos contratos unidos entre sí. Pues bien, el elemento que nos permite distinguir entre una y otra figura es la causa del contrato³⁹ entendida como el móvil que dirige a su celebración, ya que en el contrato complejo hay unidad de causa, mientras que en la unión de contratos se presenta una pluralidad de ellas.

Así por ejemplo en un importante laudo arbitral se expusieron las principales diferencias entre los contratos atípicos de la categoría de los mixtos y la figura de la unión de contratos, expresando:

“Para el Tribunal es indiscutible que en el contrato de 1970 se encuentran combinadas prestaciones de dos contratos distintos: el de agenciamiento marítimo y el de agenciamiento comercial, con preponderancia del primero.

Podría decirse que se trata de la yuxtaposición de dos negocios jurídicos distintos, cuyos apartes se siguen gobernando por las reglas de cada uno de los contratos típicos que intervienen; o podría argüirse que la mezcla de elementos provenientes de contratos diversos da origen a un ente contractual híbrido y especial, por tanto innominado legalmente, al cual habría de aplicársele, por analogía, la preceptiva típica más afín.

Este fenómeno contractual le ha planteado a la doctrina no pocas preocupaciones y debates tendientes a demostrar su recta inteligencia.

Se dice que cuando las partes combinan elementos, fundiendo prestaciones de diversos tipos contractuales en un contrato único, éste resulta ser atípico y se le somete a la normatividad del tipo prevalente. Estos contratos han sido llamados por la jurisprudencia “complejos” o “mixtos”. La unicidad de este tipo de contratos depende del hecho de que las partes lo han querido como unitario, lo que, según la jurisprudencia, es una cuestión de hecho que en cada caso se debe apreciar.

Distinta del contrato complejo o mixto es la figura a que dan lugar varios contratos funcional y teleológicamente coligados (e interdependientes). Las partes pueden querer contratos distintos, y al mismo tiempo pueden subordinar la eficacia del uno a la del otro, o pueden también querer que aquellos sean mutuamente interdependientes. Si dos contratos son coligados, cada uno de ellos debe ser dotado de íntegros los requisitos de validez que le son propios y además, pierde

³⁹ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 393, “El criterio al que se debe recurrir, aun en el caso de que la voluntad de las partes ofrezca elementos de juicio, es -como se sostiene, después de las discusiones a este respecto-, el de la *causa*, considerada como elemento típico que individualiza al contrato; y es un criterio simple, porque donde haya una *causa única*, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde haya *pluralidad de causas*, habrá pluralidad de contratos, y si, como es mucho más frecuente, se tratara de causas correspondientes a otros tantos contratos nominados, habrá pluralidad de contratos nominados, o, en última hipótesis, pluralidad de contratos nominados y de contratos innominados”.

eficacia si el otro contrato es ineficaz (R. Sacco il Contratto, Tratt di Dir. Priv, 10, Torino, 1983, Pág, 454 y ss.).

Es claro que en nuestro supuesto no se trata de dos contratos distintos y coligados, pues es evidente la voluntad de las partes de mezclar en un único contrato elementos propios del agenciamiento marítimo y del comercial. No puede hablarse aquí de la yuxtaposición de prestaciones provenientes de dos contratos, legalmente típicos, pues el legislador no los había tipificado cuando se suscribió el acto jurídico analizado; incluso el contrato de agenciamiento marítimo es aún innominado". Laudo Arbitral Roberto Cavelier & Cía. Ltda. Vs. Flota Mercante Grancolombiana, Arbitros: Dr. José Enrique Arboleda, Dr. Fernando Hinestrosa, Dr. Jorge Suescún Melo, Julio 1 de 1992.

a. UNIÓN MERAMENTE EXTERNA

En este caso los contratos se encuentran unidos simplemente por el acto de conclusión, es decir, si el acuerdo de voluntades se hace constar por escrito en él se recogerán cada una de las figuras contractuales celebradas por las partes. Dicha unión no tiene ningún efecto pues cada una de las figuras contractuales sigue su curso de manera independiente de las otras, esto implica que a cada una de ellas les serán aplicables sus propias normas y que la ineficacia que se produzca respecto de una no afectará a las demás, así quedó expuesto en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual además de confirmar la decisión del ad quem en el sentido de identificar el acuerdo de voluntades celebrado entre los contratantes como una unión de contratos meramente externa debido a que el documento contenía dos figuras contractuales cada una de ellas completa e independiente de la otra⁴⁰, se expresó con relación a la nulidad que: *"tratándose sobre todo de una unión simplemente externa o formal de contratos, la nulidad pronunciada para uno de ellos no incide en el otro u otros, o sea que el conjunto del contrato no se deshace sino en la parte a la cual trasciende jurídicamente el vicio"*⁴¹.

b. UNIÓN CON DEPENDENCIA UNILATERAL O BILATERAL

Hay unión de contratos con dependencia unilateral o bilateral cuando los contratantes celebran varios contratos queridos como un todo, ya sea porque uno dependa del otro, o porque tengan dependencia recíproca, tal dependencia se sustrae de las estipulaciones consagradas por las partes o de las relaciones económicas existentes entre las diferentes prestaciones, en este caso, a diferencia de la dependencia meramente externa, la nulidad

⁴⁰ Expone la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Humberto Murcia Ballén, agosto 12 de 1976, p. 325, la sentencia del Tribunal en los siguientes términos: "Inicia el **ad quem** las consideraciones de su sentencia observando que, en el documento suscrito por los litigantes el 9 de marzo de 1973, se contienen dos contratos: de promesa de compraventa de la casa número 35-07 de la calle 56 de Bucaramanga, el uno; y de arrendamiento del mismo inmueble, por un término de seis meses contados a partir del 10 de abril de 1973 y un canon mensual de \$4.000.00, el otro".

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Humberto Murcia Ballén, agosto 12 de 1976, p.327y 328.

de uno de los contratos puede afectar la validez del otro, e incluso de acuerdo con lo que han querido las partes, la revocación de uno podrá generar la revocación del otro⁴².

Nos llama la atención, sobre esta materia, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se calificó la estipulación de los contratantes como una unión de contratos con dependencia unilateral debido a que se habían celebrado al mismo tiempo un contrato de depósito y otro de arrendamiento de servicios, dependiente éste último de aquél⁴³, pues conforme a la teoría de la causa del contrato como elemento determinante para distinguir la figura de los contratos mixtos de la unión de contratos, llegamos a la conclusión de que en éste evento no hay una unión de contratos con dependencia unilateral sino un contrato mixto de la categoría de los combinados o gemelos, pues la causa era una sola y no varias como ocurre en la unión de contratos, además se observa claramente respecto de uno de los contratantes la existencia de dos prestaciones cada una de ellas pertenecientes a diferentes figuras contractuales, mientras la otra parte sólo tiene una prestación consistente en pagar una determinada suma de dinero.

Tal como quedó expuesto, la dificultad que genera esta clase de confusión radica esencialmente en las normas aplicables a la disposición de intereses hecha por las partes, así por ejemplo, en el presente caso en vez de observar los diferentes criterios sugeridos por la doctrina para establecer la regulación de los contratos atípicos, se observaron simplemente las normas relativas a aquél contrato que en la unión de contratos con dependencia unilateral tenía una situación prevalente frente al otro, esto es, las reglas del contrato de depósito.

c. UNIÓN ALTERNATIVA

En este caso la unión alternativa de los contratos se presenta por estar pendiente una condición de la cual deriva la naturaleza definitiva de la figura contractual convenida⁴⁴. No existe a mi juicio una verdadera unión de contratos teniendo en cuenta que al cumplirse la

⁴² L. ENNECCERUS. *Derecho...*, Ob.cit., pp. 7.

⁴³ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Humberto Murcia Ballén, Marzo 6 de 1972, p.103 y ss, “El pacto de lavamiento de vehículos automotores va unido al de depósito de los mismos, cuando para la prestación del servicio se entregan a quien lo presta, quedando bajo su guarda. Presentándose la combinación de estos dos contratos no es posible confundirlos en uno solo olvidando su coexistencia, ni menos desvirtuar el segundo, porque tal proceder, a más de desfigurar la verdadera voluntad de los contratantes, conduciría a que la responsabilidad del depositario se esfumase, lo que sería ciertamente inaceptable por lesionar el orden social (...)Si el carro fue conducido por su dueño a la bomba de expendio de gasolina “Bochica”, con el fin de que se le hiciera la limpieza de su motor; si con la autorización del propietario del establecimiento se colocó el vehículo dentro del espacio territorial donde la empresa se halla situada; y si el director de ésta lo dio por recibido y recibió también las llaves para ponerlo en movimiento, es indudable que en el mismo acto se ajustaron simultáneamente dos contratos: el de depósito y el de arrendamiento de servicios, subordinado éste a aquél, pero unidos ambos exteriormente como un solo todo, tal cual aparece de la tácita intención de las partes”.

⁴⁴ L. ENNECCERUS. *Derecho...*, Ob.cit., pp. 7, “*Unión Alternativa*. En este caso los contratos están unidos de tal suerte que, según se cumpla o no una determinada condición, se entenderá concluido uno u otro contrato. Compro un caballo para el caso de que llegue a ser oficial de caballería en el plazo de un mes, y, para el caso contrario, lo alquilo por tres meses. Como quiera que, según se desenvuelva la condición, existe solamente un contrato de una u otra especie, decide naturalmente sólo el derecho aplicable al contrato que, después de desenvuelta la condición, haya de considerarse como concluido”.

condición a la cual se encuentra sujeto el acuerdo de voluntades, se concretará una u otra figura contractual, y no las dos, evento este último que si encajaría en el concepto tratado

2. CONTRATOS TÍPICOS CON PRESTACIONES SUBORDINADAS DE OTRA ESPECIE

Como su nombre lo indica este es un contrato único de la categoría de los típicos con una prestación subordinada que corresponde a otra figura contractual, entonces a diferencia de los contratos mixtos, en este evento la prestación subordinada no resulta suficiente como para hablar de un contrato complejo y por ello mucho menos de dificultar la completa aplicación de las normas propias del negocio básico, sin embargo, sí será necesario por lo menos respecto de dicha prestación observar por analogía las disposiciones que regulan la figura contractual de la cual proviene.

La jurisprudencia de nuestro país ha reconocido este tipo de convención contractual, es el caso de una providencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se mencionaron algunas particularidades acerca de la figura y se identificó como tal una convención entre particulares en la que el contrato de mutuo contenía estipulaciones correspondientes a un contrato de compraventa⁴⁵.

3. EL SUBCONTRATO⁴⁶

⁴⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez, Marzo 25 de 1941, "...y, 3a. contratos típicos con prestaciones de otra especie, que se caracterizan a veces en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Esta prestación de otra especie, subordinada en apariencia al fin principal de la convención, pero contentiva en el fondo de otro pacto, bien puede en ocasiones tener tanta trascendencia para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, o repugnar en forma tan manifiesta la índole y naturaleza del contrato específico declarado, que tal cláusula o prestación, por sí sola, da la clave de la intención y el móvil auténtico de las partes, muy distinto en ocasiones del aparente que fluye de las otras cláusulas del pacto típico celebrado. En esos casos, se impone al juzgador interpretar debidamente tal intención y móvil contenido en la cláusula extraña o exótica de la convención, ya que de esa manera se puede alcanzar a precisar y conocer la verdadera causa o motivo que indujo a la celebración del contrato. Por ese proceso de hermenéutica científica, acorde con la misión de la moderna ciencia de las pruebas asigna al fallador, se llega al conocimiento judicial de la voluntad de las partes y de la auténtica naturaleza y alcance de las prestaciones que resultan de la convención (...) Consecuencia de lo dicho es que el Tribunal se equivocó en la apreciación de esos elementos probatorios al concluir en el aparte a) de la parte resolutive de su fallo que el contrato de compraventa era simulado, cuando en realidad de verdad se trata de un mutuo que contiene cláusulas relativas a otra convención".

⁴⁶ J. ARCE. *Contratos...* Ob.cit., pp. 56, "El subcontrato supone la existencia de tres partes: el primer contratante, el contratante intermediario y el subcontratante. El primer contratante permanece ajeno a la relación del subcontrato, que sólo se produce entre el contratante intermediario y el subcontratante, aunque puede expresar su voluntad para la celebración. En muchos casos, este consentimiento es condición necesaria para la validez del subcontrato. Las características del subcontrato son: a) se trata de un nuevo contrato distinto del contrato básico en el cual se funda; b) debe tener la misma naturaleza del contrato base que le dio origen; c) está restringido en su extensión y contenido por los límites del contrato anterior o principal; d) el subcontrato coexiste con el contrato básico".

Esta figura tiene lugar cuando se celebra un contrato para la ejecución de otro de igual naturaleza, dependiendo entonces el primero, denominado subcontrato, del segundo cual es el contrato originario. Para la mayoría de doctrinantes el subcontrato en realidad es una de las formas en que se puede presentar la unión de contratos, sin embargo consideran necesario tratarlo en forma autónoma por la reciente reiteración en su empleo.

III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS ATÍPICOS

El régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos es sin lugar a dudas la principal problemática que surge de su concepción como categoría contractual, y tiene una gran trascendencia desde el punto de vista práctico pues de las normas que se apliquen a un específico tipo contractual no regulado por la ley dependen directamente los efectos que produce, por tal razón es importante que el juzgador ante un contrato de esta clase indague cuidadosamente las normas que considera pueden regir la figura contractual.

Para este proceso de indagación que debe hacer el juzgador, la doctrina ha sugerido algunos mecanismos que conforme a la naturaleza del contrato atípico ante el cual se encuentra, facilitan dicha labor. A continuación explicaremos entonces aquellas normas jurídicas que a simple vista resultan aplicables a los contratos atípicos, y los mecanismos propuestos por la doctrina para determinar éste cuando las primeras reglas resultan insuficientes.

A. LAS NORMAS GENERALES DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES

La mayoría de legislaciones que prevén los contratos atípicos lo hacen bajo el entendido de que aquellos deben seguirse, entre otras normas, por las disciplinadas en forma general para los contratos y las obligaciones⁴⁷, igualmente, buena parte de la doctrina⁴⁸ y

⁴⁷ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 382, cita el artículo 1323 del Código Civil Italiano: “*todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, quedan sometidos a las normas generales contenidas en este título*” (es decir, en el título segundo del libro de las obligaciones), por su parte, J. GASTALDI. *Contratos*, Ob.cit., pp. 182 y ss, menciona los Códigos que regulan las normas aplicables a los contratos atípicos, entre los cuales se encuentran los siguientes: código civil francés artículo 1107: “*Los contratos, sea que tengan una denominación propia, sea que no la tengan, están sometidos a las reglas generales que constituyen el objeto del presente título...*”, el código civil uruguayo artículo 1868: “*Los contratos, ya tengan o no denominación particular, están sujetos a unos mismos principios generales...*”, el código civil de México, para el Distrito Federal (1928) que dispone en su artículo 1858: “*Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento*”.

⁴⁸ J. GASTALDI. *Contratos*, Ob.cit., pp. 181 y ss., “Con estas premisas, es que establecemos las pautas que a nuestro criterio son las aptas para la regulación de los contratos atípicos (...) **2.** Determinada esa primera pauta, veamos otras directivas para regular las figuras atípicas. En realidad, ellas no son excluyentes de la primera que hemos dado, desde que sólo tienden a proclamar la aplicación de normas conocidas sobre aspectos innegables del contrato atípico. Así son varios los códigos y autores que hacen referencia: a) A los principios generales de los contratos; b) A los de los hechos y actos jurídicos; c) A los de las obligaciones, como normas regulatorias de este tipo de contratación. En realidad, las tres pautas pueden resumirse en la primera y ésta es tan evidente que casi eximiría de comentarios...”, H. MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp.

la jurisprudencia⁴⁹ coinciden en afirmar que dentro del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos se encuentran estas normas, sin embargo, desde nuestro punto de vista, el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos se circunscribe al específico contenido de dicha figura contractual, por lo que estas normas no resuelven la problemática planteada debido a que se refieren al tipo contractual de primer grado u orden, esto es, al contrato entendido en forma general, se trata entonces de normas aplicables a todos los contratos tanto típicos como atípicos para lograr su eficacia negocial por lo que no hay duda alguna acerca de su necesaria aplicación⁵⁰.

Pensemos por ejemplo en el contrato atípico de concesión mercantil, en éste contrato las partes que lo celebran no se pueden apartar de los requisitos que la ley impone para poder obligarse, pues de producirse el incumplimiento de uno de ellos, tal contrato será inválido ya sea por contener una nulidad absoluta o relativa.

En estos términos, no es posible solucionar el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos con las normas generales de los contratos y las obligaciones, por lo que resultará necesario recurrir a otros mecanismos.

B. LAS ESTIPULACIONES DE LOS CONTRATANTES

No es unívoca la doctrina en torno a la concepción de las estipulaciones de los contratantes en la problemática del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos,

64, menciona las normas aplicables según Jordana, “A) Para los contratos atípicos puros, el problema se inserta en los más generales de las lagunas de la ley y de la jurisprudencia como fuente del derecho. Jordana expresa con acierto que las disposiciones aplicables son: a) Las normas generales de carácter imperativo, contenidas en el C. Civil (en nuestro derecho arts. 1137 a 1216)...”.

⁴⁹ En este sentido encontramos una Sentencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Oswaldo Abello Noguera, Marzo 22 de 1984, en la que al identificar el contrato celebrado por la entidad estatal como de la naturaleza de los atípicos, expresa sobre las normas que se le deben aplicar: “*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INNOMINADOS. - Cuando el contrato no se ha reclasificado ni definido por dicho estatuto (Decreto 222 de 1983) su régimen de estipulaciones, continúa rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para el mismo según lo prevé el artículo 8o. en armonía con el artículo 301*”, igualmente en Sentencia ya citada, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Carlos I. Jaramillo Jaramillo, Diciembre 13 de 2002, se expresa lo siguiente: “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...”.

⁵⁰ Así por ejemplo lo pone de presente F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 384, “Con el hecho de indicar, sólo normas *generales*, aplicables también a los contratos innominados, la ley sugiere por otra parte un problema ulterior: el de la búsqueda y hallazgo de las normas *particulares* a cada uno de los contratos innominados. Esta búsqueda es tanto más necesaria, cuanto que las normas generales disciplinan, como se ha visto, los elementos *estructurales (o formales)*, mientras que se remite a la disciplina particular, propia de los contratos singulares (que es precisamente la que vamos buscando), el aspecto “*contenido*” del contrato”; en este mismo sentido MA. DEL CARMEN. *Estructura...*, Ob. cit., pp. 24, “...A tipo atípico, en cuanto que no está “reordenado o reorganizado” en principio sólo podrá aplicársele la regulación (=tipicidad) que corresponde al presupuesto básico del que parte (el contrato), la concreta habrá que buscarla en cada caso, y precisamente por ello tales tipos pueden merecer el calificativo de “atípicos” “.

pues se advierte que en ocasiones se refiere a ellas como la regulación de la figura contractual celebrada⁵¹, y en otras como un principio del cual debe partir el intérprete⁵², la diferencia entre ellas radica en que la primera dispone expresamente las normas que regirán su acuerdo de voluntades, mientras que la segunda no.

Consideramos entonces que entre las dos formas de comprender las estipulaciones de los contratantes sólo la primera constituye una solución al problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, pues la segunda se refiere a su interpretación⁵³, en esta medida permitirá establecer la naturaleza del negocio jurídico celebrado por las partes facilitando la labor de quien debe identificar las normas que lo regulan, pero en todo caso, éste tendrá que recurrir a otros mecanismos. Por el contrario, aquellas estipulaciones de los contratantes en las que se fijan las reglas que regirán la figura contractual resuelven el problema planteado, incluso se podría decir que allí ni siquiera surge éste en la medida en que no es necesario buscar en las normas de otros contratos las que disciplinan el negocio celebrado por las partes ya que estas últimas, insisto, se han encargado de hacerlo.

Así lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia en una sentencia en la cual se debatía precisamente un contrato de la naturaleza de los atípicos mixtos, refiriéndose a las estipulaciones de los contratantes de la siguiente manera:

⁵¹ En este sentido H. MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp. 64, “b) la autoregulación de intereses libremente escogida por las partes, dentro de los límites expresos y virtuales de la ley, sin olvidar la posibilidad de que existan cláusulas tipo predisuestas o condiciones generales (contratos normativos), en previsión de futuros contratos entre las mismas partes”.

⁵² Así por ejemplo J. ARCE. *Contratos...*, Ob.cit., pp. 51, expresa “d) Ha dicho Enneccerus que el intérprete debe atenerse, en cada caso, a los intereses de las partes del contrato atípico”.

⁵³ Las estipulaciones de los contratantes en la interpretación de los contratos, incluyendo lógicamente la de los atípicos, es de gran importancia, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en diversas providencias entre las cuales mencionamos las siguientes: Laudo Arbitral, Compañía Suramericana de Seguros S.A. Vs. Telesentinel Ltda., Arbitros: Melba Arias Londoño, presidenta del tribunal, Rafael Gómez Rodríguez y Álvaro Rojas Tejada y Anne Marie Murrel Rojas en su calidad de secretaria del tribunal, Agosto 13 de 2001, “Así pues, por lo que hace al contrato de prestación de servicios, encuentra el tribunal que es de los que la doctrina reconoce como “atípicos” puesto que no está regulado en la ley. En efecto, las prestaciones en él pactadas no corresponden a las que, según las normas vigentes se derivan de un contrato de arrendamiento de servicios (C.C., arts. 2063 y ss.) ni asimilables a las que se originan en el contrato de mandato o a las que alude el artículo 2144 del Código Civil. De lo anterior se colige que el alcance del convenio estará determinado exclusivamente por lo pactado entre las partes, contenido que el tribunal se propone precisar más adelante”; Laudo Arbitral, Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. Vs. La Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., Marzo 19 de 1993, “En lo tocante a la interpretación de aquellos pactos no regulados o denominados expresamente por la ley, debe acudirse a la regla de interpretación según la cual todo contrato ha de cumplirse e interpretarse, no por su tenor literal, sino atendiendo a la voluntad común de los contratantes, siempre y cuando ella se encuentre conforme con las reglas imperativas en materia contractual, principio este que, desde luego, se halla vertido en nuestro Código Civil. En efecto, “Conocida claramente la intención de los contratantes, —dice el artículo 1618 del Código Civil— debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Y el 1621 agrega: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

*“Debe anotarse, si, la circunstancia particular de la posibilidad de que las partes elaboren por sí mismas las normas reguladoras de cada contrato innominado - auto disciplina- y que ésta, con el tiempo, se convierta en usos legales o jurídicos. Pero, es apenas obvio, en este caso, que la regulación de los pactantes no debe chocar contra las normas imperativas de derecho positivo, ni contra aquellos usos **secundum legem** o **praeter legem**. Esto es, aquellos cuyas funciones son las de la integración del contenido de la norma escrita y la de colmar las lagunas del derecho objetivo escrito, respectivamente. Pero, todos estos criterios de interpretación, no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia.
(...)*

Entonces, sólo cuando falte la autodisciplina del contrato innominado, o cuando no existan usos jurídicos sobre la materia, el intérprete deberá preocuparse de integrar por su cuenta la disciplina de ese contrato”.

En estos términos, cuando las partes de un contrato atípico hayan fijado las normas por las cuales se rige su figura contractual deberá el juzgador aplicarlas, sin tener que recurrir a los mecanismos que a continuación explicaremos, pues en este evento no se presenta la problemática relativa al régimen jurídico aplicable a dichos contratos.

C. TEORÍA DE LA ABSORCIÓN

La teoría de la absorción de la misma forma que la de la combinación y la analogía son mecanismos que la doctrina ha propuesto desde hace ya algún tiempo para determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, especialmente aquellos que pertenecen a la categoría de los contratos mixtos. Antes de entrar a analizar cada uno de estos mecanismos, considero necesario resaltar el importante esfuerzo que se trasluce en estas invenciones jurídicas, pues aunque muchas son las críticas que se les formulan, aún en la actualidad constituyen una herramienta útil del juzgador para resolver los conflictos que se suscitan en torno de contratos de esta naturaleza.

La mayoría de los autores explican la teoría de la absorción como aquella en la cual se debe aplicar al contrato mixto las normas correspondientes al contrato típico del cual provenga el elemento o prestación prevalente en ese contrato atípico, en otras palabras, conforme a esta teoría el juzgador deberá establecer cual es el elemento que en ese contrato mixto prevalece sobre los demás y de acuerdo con esa información, aplicar las normas del contrato al cual pertenece aquel⁵⁴. Así por ejemplo, si en el contrato creado por la Ley 546 de 1999 denominado opción de readquisición de compra, el cual, según laudo arbitral⁵⁵ es de la categoría de los atípicos pues se encuentra constituido por

⁵⁴ Así definen la teoría de la absorción los siguientes autores, F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 397, H. MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp. 66, J. ARCE. *Contratos...*, Ob.cit., pp. 51.

⁵⁵ Laudo Arbitral, Corporación de Ahorro y Vivienda AV Villas vs. Luis Fernando Uribe Aristizábal, Agosto 15 de 2002, “Para el tribunal es claro que el contrato es uno de los llamados “Atípicos” o “Innominados” dentro de la clasificación que la doctrina suele hacer. Estos son, como dicen los hermanos Mazeaud citando a Josserand, aquellos “hechos a medida” por ser “... los imaginados por las partes puesto que su voluntad es autónoma” (...) De conformidad con lo expuesto en el análisis de la Ley 546 de 1999, aplicándolo a lo pactado expresamente por las partes, es decir, a su inequívoca intención, éstas se obligaron recíprocamente en una relación que incluye elementos de la opción de compra y del arrendamiento. La Corporación de Ahorro y

elementos de los contratos típicos de arrendamiento y opción de compra, tuviese por prestación prevalente la del arrendamiento (entregar la cosa arrendada) más que la de la opción de compra, la solución a la problemática del régimen jurídico aplicable estaría en las normas del primero.

Por el contrario, Emilio Betti, en vez de hacer recaer en el elemento o prestación sobresaliente el aspecto determinante para aplicar la teoría de la absorción, encuentra en la función o en la causa prevalente del contrato la razón para ello⁵⁶. lo que a simple vista parece lógico y útil, pero deja de serlo al recordar que una de las características de los contratos mixtos y además, aquella que permite distinguirlos de la unión de contratos es la unidad de causa, de forma tal que afirmar la aplicación de la teoría de la absorción cuando en el contrato mixto una de sus causas concurrentes prevalece sobre las demás, trae consigo aceptar la presencia de múltiples causas en esta clase de contratos, lo que a nuestro juicio riñe abiertamente con la característica enunciada, razón por la cual, preferimos la explicación mayoritaria y no esta última.

Por otra parte, muchas son las críticas que se le han formulado a la teoría de la absorción, tal vez sea ésta la razón para que en nuestra jurisprudencia no se encuentren providencias en las cuales se haya acudido a dicho mecanismo para determinar el régimen jurídico aplicable a un contrato atípico⁵⁷. Entre las diferentes críticas que señalan algunos estudiosos en la materia, está en primer lugar, el que no siempre se presenta la prevalencia de un elemento o prestación en el respectivo contrato atípico⁵⁸, sin embargo,

Vivienda AV Villas, o sea la convocante, que fungió como arrendadora, le otorgó una opción de las llamadas de "Readquisición de vivienda" por la citada ley al señor Luis Fernando Uribe Aristizábal, o sea la convocada".

⁵⁶ E. BETTI. *Teoría...*, Ob.cit., pp. 73, "Por lo que se refiere al tratamiento de tales negocios, son concebibles, en abstracto, dos orientaciones diversas, que obedecen a criterios prácticos opuestos: una orientación *analogística* y una orientación *anomalística*. Para la primera, en todo negocio compuesto que presente en sí funciones propias de otros negocios nominados debería buscarse la función predominante y, subordinando a esta las otras, se extendería al contrato innominado la disciplina peculiar del negocio que cumple la función que se manifiesta allí más importante. Encontrando así frente a un negocio que presente elementos diversos - elementos que correspondan a negocios de tipo *A* o de tipo *B*- se trata de ver cual de las causas concurrentes está funcionalmente subordinada a la otra, y una vez establecido, en este sentido, un rango, el negocio quedaría comprendido dentro del tipo contractual caracterizado por la causa dominante, aplicándosele, en consecuencia, la disciplina típica".

⁵⁷ Es necesario aclarar que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Casación Civil con ponencia del Dr. Humberto Murcia Ballén, del 6 de marzo de 1972, se resolvió el conflicto aplicando las normas del contrato de depósito, y no las de la prestación de servicios, pero esto se hizo partiendo de la idea de ser el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes una unión de contratos con dependencia unilateral, esto es, de la prestación de servicios al depósito, por lo que no constituye a nuestro juicio un ejemplo de la teoría de la absorción; en todo caso, a pesar de no encontrar una providencia en la cual se recurra a este mecanismo, si hayamos varias en las que se reconoce el mismo, como por ejemplo en el Laudo Arbitral Carlos Rincón..., cit., en el que se expresa lo siguiente: "Vistas las similitudes y diferencias entre el contrato de concesión y otras modalidades para la distribución de bienes y servicios, es menester determinar si en aquél hay una específica prestación, a modo de elemento preponderante, que se encuentre reglada por la legislación mercantil, con el fin de aplicar a dicho acuerdo de voluntades las reglas propias de tal prestación, de suerte que las normas complementarias resulten absorbidas por la primera (teoría de la absorción)..."

⁵⁸ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 397, "Pero, como se ha puesto de relieve, no siempre corresponde a la realidad el que se establezca la prevalencia sobre un elemento contractual sobre los demás (por ej., en el contrato de pensión, los elementos "prestación del alojamiento" y "prestación de la comida" son equivalentes

consideramos que la crítica se dirige más que todo a negar la existencia de un elemento prevalente en cualquier contrato atípico por dos razones fundamentales, la primera de ellas, porque afirmar que no hay siempre un elemento prevalente es aceptar que si puede haberlo por lo que la teoría de la absorción -conforme a la explicación que de ella se dio- sería aplicable mientras esto ocurra, es decir, mientras que en la figura contractual haya una prestación prevalente, y en segundo lugar, porque tal posición resulta más lógica teniendo en cuenta la clase de contratos atípicos a los cuales nos estamos refiriendo, esto es, a los atípicos mixtos en los que reconocer la prevalencia de un elemento sobre otro en el contrato, sería tanto como negar su propia naturaleza⁵⁹, crítica esta última que se encuentra inescindiblemente ligada con la que estamos tratando.

Relacionadas con esa primera crítica se formulan otras dos, una según la cual con la teoría de la absorción el elemento económico de las partes en la celebración de su negocio jurídico no resulta protegido sino que por el contrario es afectado y dificultado, y otra que nos indica que al buscar el elemento prevalente se comprometen aquellos elementos que se supone son secundarios, pero que en realidad dan al contrato atípico su rasgo característico⁶⁰. Finalmente, aceptando aquello que implica la teoría de la absorción algunos autores plantean una crítica de orden práctico, cual es precisamente la dificultad que representa identificar la prestación o elemento prevalente del contrato atípico de la categoría de los mixtos para poderle aplicar las normas que regulan el contrato típico del cual proviene aquél⁶¹.

En razón a estas críticas algunos doctrinantes han expresado su inconformidad con el mecanismo de la absorción revelando por el contrario su preferencia por las teorías de la combinación y de la analogía⁶², posición que en verdad comparto, pues considero que no es propio de la naturaleza de los contratos atípicos mixtos la existencia de un elemento o prestación prevalente sobre las demás.

D. TEORÍA DE LA COMBINACIÓN

El mecanismo de la combinación consiste en identificar, por una parte, los distintos elementos que componen la figura contractual atípica y por otra, las normas que regulan cada uno de esos elementos en el contrato típico del cual provienen, de manera tal que el régimen jurídico del respectivo contrato mixto se conforme por las normas que regulan cada uno de esos elementos. La forma en que opera esta teoría aparece bastante clara en un laudo arbitral sobre concesión mercantil, en el cual se expuso lo siguiente:

entre sí y no hay prevalencia del uno sobre el otro); y, por lo tanto, no siempre podría verificarse la absorción”.

⁵⁹ R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría...*, Ob. cit., pp. 140, “A la teoría de la absorción se puede replicar directamente que si uno de los elementos del contrato mixto adquiere una prevalencia tal como para justificar la atracción de los demás al ámbito del contrato típico correspondiente, en rigor no hay verdadero contrato mixto, a más de que no es factible atribuir a un solo elemento el valor determinante de la entera disciplina”.

⁶⁰ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 397 y ss.

⁶¹ J. ARCE. *Contratos...* Ob.cit., pp. 51.

⁶² En este sentido R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría...*, Ob. cit., pp. 141, “Mayor crédito merecen las otras dos teorías, de las cuales, la primera (refiriéndose a la teoría de la combinación) se adecua mejor a la naturaleza real del contrato mixto...”

“Para ser consecuente con la calificación del convenio, no existiendo una 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. Así, las obligaciones del comprador y las del vendedor en la compraventa, y las del proveedor y el suministrado en el suministro, en lo referente al precio, a la forma de pago y a la cosa vendida, se regularán por las disposiciones particulares sobre estas materias. Las de promoción ampliación y conservación de la clientela, por las pertinentes de la agencia comercial; y las prestaciones que signifiquen para el concesionario ceñirse a las instrucciones del concedente podrían aún estar sujetas a las del mandato comercial sin representación”⁶³.

Éste es sin lugar a dudas el mecanismo al que comúnmente recurre nuestra jurisprudencia para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato atípico de la categoría de los mixtos⁶⁴. ejemplo de ello es el laudo arbitral que se acaba de citar, como también otro laudo arbitral en el cual se analizaron los aspectos favorables y desfavorables de los mecanismos de la absorción, la combinación y la analogía, para determinar cual de ellos debía aplicarse al caso concreto, haciendo las siguientes consideraciones:

“De ahí que se discuta si, para determinar el régimen que le es aplicable, debe acudirse al contrato que dentro de la combinación de elementos se presenta como determinante, (teoría de la absorción), o si se deben yuxtaponer las reglas relativas a los varios elementos, (es decir aquellas de los respectivos contratos típicos que intervienen) (teoría de la combinación). Numerosos autores consideran que en los contratos mixtos, en los cuales se insertan elementos típicos de otras figuras contractuales, nada impide que pueda darse aplicación a la normatividad inherente a cada uno de ellos, según el caso, lo que subraya la teoría de la combinación. Finalmente, en ocasiones debe acudirse a las normas del contrato típico más afín (teoría de la aplicación analógica) (R. Scognamiglio, Teoría General del Contrato, Trad, reed. Bogotá, 1991. Págs. 181, 184).

Estas teorías tienen defensores y detractores que realzan lo bueno de cada una o subrayan sus defectos. Sin embargo, de acuerdo con cada caso específico, todas ellas independientemente, o combinadas entre sí, pueden servir para despejar las dudas sobre el régimen aplicable.

Para el Tribunal, la teoría de la absorción, es decir, aquella en que se aplica a todo el contrato el régimen de la prestación o del elemento prevalente, no puede acogerse en su integridad, pues en rigor con ello desaparecería el contrato mixto. Pero sí serviría, por ejemplo, para determinar la preceptiva aplicable a un

⁶³ Laudo Arbitral Carlos Rincón..., cit

⁶⁴ Así por ejemplo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Juan Francisco Mújica, Mayo 31 de 1938, “El contrato gemelo, fundamento de la presente acción, para quien lo examine con el referido criterio, se revela como contentivo de ambas clases de obligaciones. La obligación que contrajeron los Ireguis de pagarse a título de acreedores anticréticos con los frutos del cafetal, es de resultado, debido a que pertenece a la definición de anticresis servir de medio de pago (...) Las obligaciones contraídas por los Ireguis, en su calidad de mandatarios, fueron de medios en cuanto se refieren a la circunstancia de gestionar diligentemente y con cuidado la empresa del cafetal, pero son de resultado en lo relativo a la aplicación convenida de todo lo obtenido en virtud de la administración”.

aspecto que corresponda o interese al contrato en su totalidad, y no a una función específica de uno de los contratos que lo conforman.

*La teoría de la combinación presenta notorias ventajas, pues se adecúa mejor a la naturaleza real del contrato mixto, permitiendo que cada elemento o prestación sea regulada por las disposiciones del contrato legal o socialmente típico del cual provienen. **Así habrá de proceder el Tribunal, aplicándole a las disposiciones sobre agenciamiento marítimo las reglas que le son propias y haciendo lo mismo con las de agenciamiento comercial**".* Laudo Arbitral Roberto Cavelier & Cia. Ltda. Vs. Flota Mercante Grancolombiana (ya citado).

No obstante, siendo éste el mecanismo más conveniente según la doctrina y la jurisprudencia para resolver la problemática relacionada con las normas que rigen una figura contractual atípica, son varias las críticas que también se le formulan, sin embargo, la mayoría de estas se encuentran dirigidas a poner de presente la dificultad en su aplicación y no a los efectos dañinos que produce sobre la naturaleza del respectivo contrato mixto, tal como ocurre con las formuladas a la teoría de la absorción. Así por ejemplo, algunos autores se refieren a las normas que regulan cada uno de los elementos que perteneciendo a un determinado contrato típico pasan a formar parte de otro de la naturaleza de los atípicos, diciendo que tales normas no regulan ese elemento como deslindado de los demás sino que por el contrario lo hacen teniendo en cuenta el entorno jurídico dentro del cual se desenvuelve⁶⁵, en estos términos, las normas que rigen el elemento esencial del precio en la compraventa, no lo hacen como si el mismo fuera independiente de otros sino que por el contrario se regula teniendo en cuenta todos los elementos del contrato y sobre todo la función económico-social de éste.

Como consecuencia de la crítica anterior surge una segunda conforme a la cual el planteamiento de la teoría de la combinación llevaría a entender el contrato atípico como una suma de diversos elementos independientes entre sí, lo que no corresponde a la realidad, ya que estos constituyen un contrato único con una causa unitaria⁶⁶, por mi parte, no comparto esta crítica, ya que no se afecta de ninguna manera la unidad de causa que hemos predicado de los contratos atípicos mixtos al aplicar las normas que regulan los diferentes elementos que lo componen, pues se procurará hacerlo teniendo en cuenta la función propia de ese específico contrato mixto, aunque reconozco la dificultad implícita en esta tarea.

E. TEORÍA DE LA ANALOGÍA

De conformidad con la teoría de la analogía, se regulará el contrato atípico por las normas del contrato típico con el cual tenga mayor afinidad, la cuestión entonces se centra en

⁶⁵ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 399, "La premisa de la que se parte es gratuita: no es en modo alguno cierto que los elementos del contrato nominado estén como yuxtapuestos el uno *al lado* del otro; al contrario, están como *compenetrados y soldados* el uno *con* el otro en orgánica unidad; el contrato *no es una suma, sino una síntesis*. Lo mismo ocurre con las normas que regulan el contrato: *no son referibles a los elementos singulares, sino al contrato todo entero* y quedan modificadas precisamente por la circunstancia de formar parte de la disciplina de uno, más bien que de otro contrato".

⁶⁶ J. ARCE. *Contratos...* Ob.cit., pp. 51, quien afirma: "La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos, sino que tiene una unidad: se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única".

establecer cuando hay un grado de similitud suficiente entre las dos figuras contractuales para que a una de ellas, en este caso a la atípica, se le apliquen las normas que rigen el contrato típico.

En respuesta a dicho cuestionamiento la Corte Suprema de Justicia expuso en una providencia:

“Entiéndese por analogía el procedimiento en virtud del cual se somete un caso no regulado por el ordenamiento, al régimen que gobierna un evento similar; es así como el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 prescribe que, “...cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes...”

Empero, como es patente, para acudir a ese método de autointegración jurídica, es necesario que exista entre las dos situaciones una semejanza relevante, es decir, que evidencien ambos una calidad común, y que la misma constituya la justificación suficiente de que al caso legalmente regulado se le haya atribuido una determinada consecuencia y no otra⁶⁷.

En estos términos se dificulta, sin lugar a dudas, la aplicación analógica por medio de la cual se pretende determinar las normas que rigen una figura contractual atípica, pues la semejanza debe ser evidente y suficiente para poder recurrir a ella.

No hay dificultad sino que por el contrario, en ningún caso se podría acudir a la analogía si se atendiera a una de las críticas que se le formulan, según la cual los contratos atípicos se caracterizan por ser diferentes de los típicos⁶⁸, pues como ya quedo dicho, es necesario que las figuras contractuales que van a participar en este proceso tengan un grado de similitud suficiente para que se pueda aplicar.

Entre otros aspectos desfavorables de la teoría de la analogía, algunos estudiosos en la materia señalan su poca consideración a las diferentes funciones típicas que

⁶⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Octubre 22 de 2001, ya citada, como consecuencia del criterio expuesto sobre la teoría de la analogía, se llegó a la conclusión de que no es posible aplicar al contrato de agencia de seguros las normas que regulan la agencia comercial pues estas dos figuras contractuales no son semejantes, lo hace en los siguientes términos: “En conclusión, si bien el contrato de agencia de seguros constituye una forma de intermediación -sólo que en el ramo especializado de los seguros-, y presupone la organización de una empresa independiente y estable, que son rasgos que también ostenta el contrato de agencia comercial; cabe decir, sin embargo, que no se pueden identificar uno y otro contrato, habida cuenta de que las notas características del primero brotan del negocio o actividad sobre el que debe versar, y en consideración al objeto de las obligaciones, su finalidad y desenvolvimiento, lo que permite concluir que constituye desatino jurídico aplicarle a él las normas propias de la agencia comercial en punto de las consecuencias de la terminación del contrato, y no puede pasar desapercibido que la prestación e indemnización que por causa de ésta prevé el artículo 1324 del Código de Comercio no pueden extenderse por analogía al caso de la terminación del contrato de agencia de seguros, puesto que una y otra tienen razón de ser en la ya destacada peculiar naturaleza de la agencia comercial, la cual no se evidencia de manera relevante en la agencia de seguros, y por que siendo la indemnización una sanción no ha sido instituida legalmente para el contrato litigioso”.

⁶⁸ J. ARCE. *Contratos...* Ob.cit., pp. 51, “La teoría no está exenta de críticas por parte de los autores: se dice que los contratos atípicos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos afines”.

efectivamente se combinan en cada contrato⁶⁹, crítica que parece aceptable siempre y cuando en vez de función se entienda elementos típicos, ya que como atrás quedó expuesto, afirmar la presencia de varias funciones en un contrato atípico de la categoría de los mixtos llevaría a confundir esta figura con la de la unión de contratos.

No obstante las dificultades que se presentan en la aplicación de la analogía para solucionar la problemática relativa al régimen jurídico aplicable a un contrato atípico, hallamos en nuestra jurisprudencia una providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia decidió recurrir a éste mecanismo:

*“En síntesis: Si uno de los documentos a que se refiere la motivación anterior, ha sufrido todo el proceso reglamentario de su creación, expedición, autorización por la autoridad competente para circular en el público, por el vehículo del expendio, y sometido al correspondiente sorteo salió favorecido con el respectivo premio; y, si esta última circunstancia le imprime definitivamente la naturaleza singular de un título al portador, jurídicamente han de aplicársele, **en virtud del principio de analogía que impera en la interpretación e integración de los contratos innominados mixtos**, las normas de derecho positivo que tutelan esa clase de títulos, o a falta de aquéllas, los usos **secundum legem** y **praeter legem**. Pero el Tribunal no aplicó ni las unas ni las otras, sino las relativas a la regulación general de los contratos de adhesión y de juego”.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Pablo Emilio Manotas, Diciembre 5 de 1956.

Para algunos doctrinantes, entre los diferentes mecanismos que hemos expuesto, referidos especialmente a los contratos mixtos, el de la analogía es el menos ambicioso pero más serio de todos, e igualmente constituye el fundamento de los demás que simplemente representan una especificación de éste⁷⁰.

F. LA COSTUMBRE Y LA JURISPRUDENCIA

No en vano se acogió una clasificación de los contratos atípicos en la que se tuvieron presentes dos aspectos importantes, la tipicidad y el contenido de éstos (dando lugar a dos categorías de tales figuras contractuales, aquella conformada por los contratos con tipicidad social pero sin tipicidad legal, y otra, por los que no tienen ni tipicidad social ni legal, a su vez, estas dos categorías conformadas por dos subespecies, la de los contratos mixtos y la de los contratos con contenido autónomo e independiente de otras figuras contractuales), pues tal como lo ha reconocido la doctrina⁷¹ en varias ocasiones, la

⁶⁹ R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría...*, Ob. cit., pp.141.

⁷⁰ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit. pp. 400 y ss.

⁷¹ F. MESSINEO. *Doctrina...*, Ob.cit., pp. 402, “Y si, además, se puede demostrar que, a propósito de un contrato innominado dado, han surgido usos (merecedores de tal nombre) a los cuales se han ceñido las partes, no hay más que atenerse a estos usos (por ej., contratos de bolsa a prima, contratos bancarios, no regulados por la ley); la disciplina jurídica del contrato, en este caso, está ya lista. Entonces, sólo puede seguirse llamando innominado el contrato si se considera como única fuente normativa la ley; no, en cambio, si se tiene presente que también los usos (en el caso especial, usos *praeter legem*) son fuentes normativas. Por consiguiente, sólo en el caso de que falte la autodisciplina del contrato innominado, o de que no existan usos jurídicos al respecto, el intérprete deberá preocuparse de reconstruir por su cuenta esa disciplina”, H.

costumbre y la jurisprudencia al fijar unas normas aplicables a un contrato sin tipicidad legal le otorga el carácter de típico social, y en esta medida resuelve el problema del régimen jurídico aplicable a una determinada figura contractual.

Así pues, en el caso del contrato de leasing financiero queda claro que no siendo éste un contrato atípico de la categoría de los mixtos, sino que por el contrario perteneciendo a la subespecie de contratos cuyo contenido es autónomo e independiente de otras figuras contractuales, el problema del régimen jurídico aplicable no se resolverá recurriendo a las teorías de la combinación, de la absorción o de la aplicación analógica, habrá que acudir a otros métodos que como el de la costumbre y la jurisprudencia pueden resolver el asunto. Ejemplifica esta afirmación la regulación por parte de la jurisprudencia sobre los efectos que en un contrato de leasing financiero produce una cláusula de exclusión de responsabilidad por defectos de calidad y vicios redhibitorios, pues conforme a una providencia -ya citada-, dicha cláusula goza de eficacia jurídica teniendo en cuenta la ratio del contrato en cuestión⁷².

De lo anterior se concluye, apartándonos de la opinión de algunos doctrinantes⁷³, que la clasificación de los contratos atípicos debe ser observada en el momento de determinar el mecanismo a utilizar para resolver el problema del régimen jurídico aplicable al mismo, pues no complica dicha labor sino que por el contrario la facilita.

Así las cosas, el orden que en este trabajo se propone para resolver el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos es el siguiente:

- ◆ Las estipulaciones de los contratantes entendiendo por ellas la regulación que hacen las partes de la figura contractual celebrada.
- ◆ Tratándose de Contratos típicos sociales pero atípicos legales las normas que según la costumbre y la jurisprudencia rigen esa figura contractual.
- ◆ Siendo insuficientes las normas que establece la costumbre y la jurisprudencia para regular los contratos atípicos legales pero típicos sociales, o en el caso de los

MASNATTA. *El Contrato...*, Ob.cit., pp. 64, “c) en lo que no ha sido previsto por las partes debe distinguirse entre los contratos atípicos con tipicidad social -que se regirán por las normas y criterios sentados por los usos, jurisprudencia o doctrina científica- y contratos atípicos sin tipicidad social, donde debe seguirse el criterio de la analogía”.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Diciembre 13 de 2002, p. 34, “...debe manifestarse delantadamente, que la acusación por la supuesta falta de aplicación de los artículos 1990, 1991 y 1992 del Código Civil, cae en el vacío, toda vez que estas normas, como se analizó a espacio, sin que se torne viable el expediente de la analogía, en orden a traer a colación, *ad exemplum*, las disposiciones del contrato de arrendamiento...”, del texto transcrito se puede deducir que en esta sentencia, además de decretar la eficacia de una cláusula de exclusión de responsabilidad por los vicios de la cosa en un contrato de leasing financiero, se estableció que no es obligación de la compañía de leasing responder por tales vicios así no se consagre la exclusión de responsabilidad, pues esto sería contrario a su naturaleza.

⁷³ En este sentido, J. GASTALDI. *Contratos*, Ob.cit., pp. 198, “Las pautas enunciadas posibilitan, en nuestra opinión, la regulación de todas las contrataciones atípicas, cualquiera que sea la especie de éstas, ingresen o no en algunas de las clasificaciones de la doctrina (mixtos, complejos, etc.). Por ello es que sostuvimos inicialmente que complicaba el sistema querer establecer pautas reguladoras estrictas y diferentes según el tipo de contrato atípico de que se tratara”.

contratos absolutamente atípicos, las normas aplicables serán, para el caso de los contratos mixtos, las que conforme al mecanismo de la combinación o de la aplicación analógica o de la absorción, correspondan a dicha disposición de intereses, para los atípicos cuyo contenido es autónomo e independiente de otras figuras contractuales, las normas aplicables las debe buscar el juez en la especial función económico-social que éste pretende cumplir.

CONCLUSIONES

Del presente trabajo se concluye en primer lugar, que el principio de la autonomía de la voluntad continúa vigente en nuestro derecho a pesar de los diferentes límites que en el mismo se le imponen, como consecuencia de ello, surge la posibilidad de celebrar contratos que no se encuentran previstos en la ley, los cuales distinguimos con el nombre de contratos atípicos. Se encuentran revestidos de tal facultad no sólo los particulares sino también el Estado a través de sus entidades estatales, en el ámbito de la contratación estatal.

En segundo lugar, debe quedar claro que para distinguir un contrato típico de otro atípico, no será suficiente con decir que el primero se encuentra regulado por la ley, mientras que el segundo no, pues hemos visto como en algunas ocasiones, a pesar de existir algunas normas relacionadas con una determinada figura contractual, estas no se predicen realmente de ella sino que por el contrario se refieren a otros aspectos, como ocurre en el caso del contrato de agencia de seguros, o puede suceder también que tales normas sean insuficientes, como por ejemplo en el caso del contrato de leasing financiero.

Finalmente en lo relacionado con la problemática del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, se concluye que ésta se refiere al especial contenido de cada figura contractual y no a aquella que corresponde al tipo contractual de primer grado u orden, por lo que las normas generales de los contratos y las obligaciones deben ser necesariamente aplicadas tanto si el contrato es de la naturaleza de los típicos, como de la naturaleza de los atípicos, en esta medida no resuelven la discusión planteada; por otra parte, después del cuidadoso análisis de las diferentes clases de contratos atípicos que se pueden presentar, y las formas en que operan los mecanismos tendientes a establecer las normas que rigen una figura contractual atípica, se puede afirmar la incidencia que el primer tema tiene sobre el segundo, por lo que la teoría utilizada dependerá de la categoría de contrato atípico de la cual se trate.

BIBLIOGRAFÍA

Arce Gargollo, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, México, Editorial Trillas, 1989.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*, Medellín, Dike, 2003.

Ballesteros Garrido, José Antonio. *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, Barcelona, Bosch, 1999.

Betti, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Editorial Comares S.L., 2000.

Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970.

Cortés, Edgar. *La Culpa Contractual en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Engisch, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, Granada, Editorial Comares, 2004.

Enneccerus, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1950.

Garrone, José Alberto y Castro Sammartino, Mario E. *Manual de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1996.

Gastaldi, José María. *Contratos*, Volumen I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Gete Alonso, Maria del Carmen. *Estructura y Función del Tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979.

Larroumet, Christian. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Temis, 1993.

Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Masnatta, Héctor. *El Contrato Atípico*, Buenos Aires, Abeledo - Perrot,

Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986

Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VI Las Obligaciones, Primera Parte, Habana, Cultural S.A., 1936.

Rescigno, Pietro. "Apuntes sobre la autonomía negocial", *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano, Bases para un Código Latinoamericano Tipo, II*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

