
YANETH PÉREZ
UNIVERSIDAD DE LA SABANA,
CHÍA, CUNDINAMARCA, COLOMBIA

**ANÁLISIS ECONÓMICO
DE LOS VICIOS DEL
CONSENTIMIENTO EN EL
RÉGIMEN COLOMBIANO Y EN
LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS
CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES UNIDROIT**



**ECONOMIC ANALYSIS OF VICIOS OR DEFECTS
OF CONSENT IN THE COLOMBIAN SYSTEM
AND IN THE PRINCIPLES RELATING TO THE
INTERNATIONAL UNIDROIT TRADE AGREEMENTS**

RECIBIDO AGOSTO 12, APROBADO SEPTIEMBRE 3 DE 2007

RESUMEN

Se presenta una breve descripción de la regulación de vicios del consentimiento contemplada en los principios de Unidroit, posteriormente se resaltan las concordancias y discordancias más relevantes frente al régimen colombiano y, por último, se hace un análisis económico sobre los incentivos contenidos en cada una de las regulaciones, encaminados a que las partes eviten la ocurrencia de vicios del consentimiento dentro del contrato, de donde se plantea la ineficiencia del régimen colombiano frente a los principios de Unidroit, en la medida en que no ofrece tales incentivos.

PALABRAS CLAVE

Vicios del consentimiento, dolo, nulidad relativa, prescripción, restitución, conversión del negocio jurídico, nulidad parcial, riesgo oportunista.

ABSTRACT

This work offers a brief description regarding the regulation of vices of consent as envisaged in the Unidroit Principles. It subsequently outlines the most relevant conformities and disconformities in the face of the Colombian system; and, finally, it provides an economic analysis of the incentives contained in each regulation leading to avoidance by the parties of defaults or vices of consent in the contract or agreement, whereby the inefficiency of the Colombian system is exposed in front of the Unidroit Principles, as it does not offer such incentives.

KEY WORDS

Vice or defect of consent, dolus, fraud, misdemeanor, relative nullity, restitution, legal business conversion, partial nullity, opportunistic risk.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT. 2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT FRENTE AL RÉGIMEN COLOMBIANO. 3. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT Y EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO. 4. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La globalización ha fomentado operaciones mercantiles internacionales mediante el uso de las herramientas tecnológicas; no obstante, esta realidad económica y empresarial encuentra serios obstáculos en algunos sistemas legislativos, que aún no responden oportunamente a los cambios del mundo. Por ello se ha planteado la necesidad de construir acuerdos que faciliten las operaciones mercantiles internacionales y que unifiquen conceptos alrededor de los aspectos esenciales de la contratación.¹ Los Principios de Unidroit (International Institute For the Unification of Private Law) constituyen precisamente uno de tales esfuerzos de unificación.

Dada la importancia del tema, desde el año 2004 comencé una investigación comparativa del régimen de invalidez del negocio jurídico en el derecho colombiano, frente a los principios de Unidroit y al régimen norteamericano, de donde se deriva el presente trabajo,² cuyo eje central se refiere a los vicios del consentimiento, debido a que el capítulo tercero de los principios de Unidroit, excluye expresamente como causales la falta de capacidad, la inmoralidad o ilegalidad,³ debido a la variación y complejidad de tales temas en las legislaciones domésticas, y a la dificultad de encontrar parámetros armonizados sobre el particular.

También se excluye expresamente la necesidad de causa⁴ que algunos sistemas de derecho civil exigen, entendido como el vicio generado por falta de causa, diferente al vicio generado por causa ilícita, pues, se aclara que no se encargará de los efectos derivados de otros aspectos de la causa, por ejemplo la ilegalidad.⁵

¹ Existen importantes esfuerzos de unificación del derecho privado, entre ellos el planteamiento de principios generales de aplicación voluntaria y recomendaciones acerca de la elaboración de documentos contractuales tendientes a optimizar las relaciones jurídicas. Diferentes organismos internacionales han abordado el estudio del fenómeno, entregando resultados que facilitan aspectos vitales de cada una de las operaciones, tales como el sistema de garantías y seguros, medios de pagos y financiación, manejo de insolvencia, intercambio electrónico de datos, entre otros. Así mismo, han formulado leyes modelo en materia de compraventa internacional, transporte internacional y arbitraje.

² Aprovecho la ocasión para agradecer al grupo investigador auxiliar que colaboró en esta etapa de mi investigación profesoral: Viviana Álvarez Correa, Tatiana Sandoval Duarte, Manuel Enrique Vargas Sepúlveda, John Jairo Ospino Durán y Pedro Miguel Rey Rodríguez (diciembre de 2004).

³ Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts*, 2004, art. 3.1.

⁴ *Ibid.*, art. 3.2, Comment 2.

⁵ En Colombia, la ilegalidad de la causa puede derivar de la contravención de la ley o las normas morales, en cambio, los principios de Unidroit definen la causa ilícita (*Illegality*) simplemente como la violación de la ley,

Por su parte, el objeto del contrato es abarcado desde la perspectiva del objeto imposible, dado que las tendencias del derecho moderno equiparan los efectos de la imposibilidad inicial con la imposibilidad sobreviviente; de tal forma que quien se compromete a cumplir con algo que no tiene, está en igual situación que quien se obliga teniendo la cosa pero ésta perece, pues en ambos casos el cumplimiento de la obligación es imposible.⁶

Por tal razón, si el cumplimiento de la obligación es imposible al momento de la celebración del contrato, no se afectará la validez del mismo, pues contemplan la posibilidad para el contratante de superar la dificultad frente al objeto, que podría ser el caso de la venta de cosa futura, que se espera que exista para cumplir el contrato, o aquella que bajo unas condiciones hoy resultaría imposible cumplir pero puede ser superada con el paso del tiempo, haciendo posible su cumplimiento.⁷ En primer lugar, se presenta una breve descripción de la regulación de vicios del consentimiento contemplada en los principios de Unidroit, posteriormente se resaltan las concordancias y discordancias más relevantes frente al régimen colombiano y, por último, se presenta un análisis económico sobre los incentivos que se desprenden de cada una de las regulaciones.

1. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Los principios de Unidroit contemplan que el contrato se invalida por error, amenaza, dolo y excesiva desproporción.

El error⁸ se define como una equivocada asunción relacionada con los hechos o con la ley existente al momento de la celebración del contrato;⁹ éste puede ser de dos tipos: error en la transmisión¹⁰ y error determinante.¹¹ El error exige la ausencia de culpa grave del contratante que incurre en él, tomando como parámetro de comparación a una persona razonable, diligente, que conoce el negocio, y las condiciones contractuales; adicionalmente, requiere que al momento de alegar el error, la otra parte no haya actuado de conformidad con el contrato, pues la in-

como una forma de establecer un principio objetivo de comportamiento y excluir una visión o juicio personal del concepto de moralidad.

⁶ Unidroit, ob. cit., Art. 3.3, Comment 1.

⁷ Ibid., art. 3.3, Comment 1, paragraph 4.

⁸ Ibid., art. 3.4.

⁹ Ibid., art. 3.4, Comment 1.

¹⁰ Este tipo de error responsabiliza al emisor de los medios utilizados y de los efectos que cause con el mismo. Si el medio no es confiable y, por lo mismo, generó error en el contenido, el contratante no podrá alegarlo, salvo que el destinatario, por sus condiciones pudiera conocer que el mensaje contiene un error, y en virtud de la obligación impuesta por la lealtad negocial razonable no lo informe al remitente.

¹¹ Unidroit, ob. cit., art. 3.5, (1) y Comment 3, paragraph 2. El error determinante requiere que éste sea grave de acuerdo con los usos mercantiles; que de haber sido conocido, la parte no habría contratado o lo habría hecho de manera sustancialmente distinta; adicionalmente, que quien alega el error no tenga obligación contractual de asumir o soportar el riesgo dentro de esa respectiva operación comercial, tal y como se permite por ejemplo en los contratos de especulación.

tención primordial de los principios de Unidroit es salvaguardar el acto que ha producido efectos.¹²

También se imponen condiciones para la contraparte, toda vez que sólo procederá la anulación por error cuando se compruebe que la contraparte no merece protección porque ha incurrido en el error, o lo causó, o lo conoció o debió haberlo conocido y, sin embargo, permitió que el otro contratante permaneciera en el mismo;¹³ este requisito supone que haya existido una manifestación concreta, expresa o tácita de la contraparte a la cual pueda imputársele el error (por tanto, el silencio puede ser una actitud que en ciertas circunstancias puede ser considerado como una manifestación).

Del análisis de la culpa de la contraparte puede determinarse que existe dolo en lugar de error. La distinción más importante entre el dolo y el error¹⁴ radica en la naturaleza y el propósito de las maniobras y los ocultamientos de la parte que comete el dolo. El dolo se encamina a obtener una ventaja dañina para la contraparte, y por ese mismo hecho es reprochable, y da lugar a la anulación del contrato, sin probar ningún requisito adicional, a diferencia del error, que exige la demostración de la gravedad del mismo y de la culpa de la contraparte para acceder a la nulidad del contrato.

Así las cosas, el dolo consiste en la mala fe de quien obra fraudulentamente para lograr la celebración del contrato; no evalúa la mala fe durante el contrato, se refiere exclusivamente a su formación. Para determinar que una actitud constituye dolo se requiere que la celebración del contrato sea consecuencia directa de maniobras fraudulentas de la contraparte, entendidas como un acto positivo de la contraparte para presionar o inducir en el otro la celebración del contrato (incluyendo lenguajes, palabras, expresiones, prácticas o actitudes, para simular circunstancias falsas o disimular o esconder circunstancias ciertas),¹⁵ o que la contraparte haya omitido revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios razonables de lealtad negocial.

Otro vicio del consentimiento es la amenaza, ya sea contra la integridad personal, sus bienes, su reputación comercial o sus intereses económicos, siempre que sea inminente y grave, es decir, que no exista otra alternativa razonable diferente a celebrar el contrato en las condiciones propuestas por la contraparte.¹⁶ La valoración debe hacerse con criterios objetivos, tomando en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

¹² Sobre el particular, el Comentario 2 del artículo en mención remite a los artículos 3.15 y 1.9 para determinar el momento de la anulación. El artículo 3.15 establece que la notificación de anulación del contrato debe realizarse en un plazo razonable después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos. Para el caso de error, se establece como plazo razonable que la contraparte no haya obrado de conformidad y, por tanto, el cumplimiento de la otra parte excluye la posibilidad de anular el contrato por causa del error.

¹³ Unidroit, *ob. cit.*, Art. 3.5, núm. 1.

¹⁴ *Ibid.*, art. 3.8, Comment 2.

¹⁵ *Ibid.*, art. 3.8.

¹⁶ *Ibid.*, art. 3.9, Comment 3.

Se considera injustificada la amenaza en dos dimensiones: la primera, determina que sea implícitamente incorrecta, es decir, que constituya una acción contraria a la ley. La segunda, constituye una acción o actividad implícitamente correcta o lícita; sin embargo, el hecho de usarla para lograr la celebración del contrato hace reprochable su utilización.

De otra parte, el vicio de excesiva desproporción pretende defender el equilibrio contractual y restablecerlo cuando una de las partes lo rompe, logrando la suscripción del contrato con cláusulas manifiestamente ventajosas para sí, siempre y cuando lo que se deba resulte escandaloso para una persona razonable.¹⁷ La ventaja excesiva debe constituirse al momento de la celebración del contrato, ya que si ocurre luego de celebrado, las reglas aplicables serán las contempladas para “*hardship*”.¹⁸

La excesiva desproporción debe ser injustificada al provenir del abuso de una parte, acerca de ciertas condiciones del otro contratante. Se denomina posición negociadora desigual cuando existe el aprovechamiento de circunstancias de vulnerabilidad de la contraparte, tales como condiciones de dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación.

La naturaleza o finalidad del contrato permite determinar si se justifica la excesiva prestación. Por ejemplo, cuando una parte disminuye los plazos de garantía acostumbrados para cierta mercancía sin tener en cuenta su naturaleza, puede causar una ventaja excesiva. Otro ejemplo constituye el cobro de una tarifa normal de honorarios por parte de un agente comercial cuya gestión no ha sido fundamental para la venta del producto, por tanto, el cobro constituye una ventaja excesiva. Así mismo, deben tenerse en consideración otros factores, por ejemplo, la ética que prevalece en los negocios o el comercio, entendida como el principio de buena fe.

Los principios de Unidroit contemplan novedosos parámetros de actuación frente a la presencia de vicios, donde la nulidad es la última alternativa procedente, dependiendo del nivel de ejecución del contrato, la causal o las consecuencias. Incluso existen normas expresas que excluyen el derecho de anular el contrato cuando la parte facultada para ello escoge otras soluciones; es el caso de la excesiva desproporción donde la parte puede optar por adaptar unilateralmente el contrato o anularlo, pero una vez se inclina por adaptarlo, pierde el derecho a su anulación.¹⁹

La acción de adaptación tiene “un carácter de acción principal de restablecimiento del equilibrio, dándole al juez la potestad para determinar la prestación equitativa. Solo excepcionalmente si no se puede obtener voluntariamente por las partes, o

¹⁷ Ibid., art. 3.10 Comment 1, paragraph 3.

¹⁸ Ibid., art. 6.2.2.

¹⁹ Ibid., art. 7.1.5 (2).

eventualmente por decisión judicial, el reequilibrio de las prestaciones, se declarará la desaparición del contrato”.²⁰

La acción de adaptación deja latente la posibilidad de anular el contrato, con la consecuente afectación de terceros, lo cual ha ocasionado críticas, en las cuales se sugiere como solución más eficiente la terminación del contrato con efectos limitados entre las partes.²¹

Así mismo, debe operar con prelación a la declaratoria de nulidad, la aplicación de cualquier remedio por incumplimiento, dentro del contrato afectado por el vicio. Así lo establece puntualmente para el caso de nulidad por error, argumentando que estos últimos remedios son más flexibles que la radical solución de la nulidad.²² Los principios de Unidroit ordenan dar aplicación a las normas del capítulo séptimo dedicado al incumplimiento, propendiendo siempre por la ejecución del negocio, aunque ello implique variaciones frente a lo inicialmente estipulado.

En Colombia no es posible aplicar las normas de incumplimiento al negocio nulo, toda vez que el concepto de incumplimiento presupone la validez del negocio jurídico. Los principios de Unidroit definen el incumplimiento como la falta de ejecución de una de las obligaciones del contrato, incluyendo la ejecución defectuosa o tardía,²³ salvo que ésta haya ocurrido por interferencia de la otra parte²⁴ o por fuerza mayor.²⁵

La parte que sufre el incumplimiento puede solicitar la ejecución forzosa de la obligación dineraria, o de cualquier otro tipo de obligación, salvo que la misma sea jurídica o físicamente imposible,²⁶ o tenga un carácter personal²⁷ o que su cumplimiento sea excesivamente gravoso.²⁸ Esta acción debe ser ejercida dentro de un plazo razonable a partir de que supo o debió enterarse del incumplimiento. Ahora bien, si la parte que sufre el incumplimiento ha dejado prescribir el derecho de alegarlo, en todo caso no podrá alegar la nulidad, y no tendrá acción alguna, es decir, no podrá ejercer acción de nulidad ni de incumplimiento.

Adicional a lo anterior, la parte cumplida puede terminar el contrato o conceder un nuevo plazo para que el contratante incumplido supla la obligación;²⁹ así mismo, puede modificar unilateralmente la obligación a cargo de la parte incumplida, tendiente a obtener el cumplimiento de esta nueva obligación, que debe guardar similitud con la anterior.

²⁰ Hernández, Adrián, Las ventajas desproporcionadas en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Los Principios de Unidroit ¿Un derecho común de los contratos para las Américas? Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6-9 noviembre, Unidroit, 1998, pp. 295.

²¹ *Ibid.*, p. 298.

²² Unidroit, *ob. cit.*, art. 3.7. Comment 1.

²³ *Ibid.*, art. 7.1.1.

²⁴ *Ibid.*, art. 7.1.2.

²⁵ *Ibid.*, art. 7.1.7, (1), (2), (3) y (4).

²⁶ *Ibid.*, art. 7.2.2. Comment 3.

²⁷ *Ibid.*, art. 7.2.2, (d).

²⁸ *Ibid.*, art. 7.2.2, (b).

²⁹ *Ibid.*, art. 7.1.5, (1), (2), (3), (4), paragraph (3).

Cuando cualquiera de las anteriores alternativas es comunicada a la parte incumplida, se puede configurar una situación denominada “purga del incumplimiento”, consistente en que la parte incumplida tiene la opción de ofrecer cumplir, aún cuando se le haya notificado la terminación del contrato por incumplimiento, o allanarse a cumplir dentro de los nuevos plazos concedidos; así mismo, podrá establecer de manera unilateral nuevas condiciones de cumplimiento, siempre y cuando la variación no sea sustancial e irrazonable.³⁰

Esta facultad de mutar la obligación inicial por cualquiera de las partes resulta sustancial en caso de error, puesto que una vez descubierto, cualquier contratante puede pedir que se cumpla la obligación variándola hacia lo realmente posible, y de esta forma, salvando la ejecución del negocio en términos razonables.

Esta figura, en mi opinión, permite la disminución de la indemnización de daños que podría reclamar la parte que sufre el vicio, independientemente de que persiga el cumplimiento tardío, el cumplimiento modificado de la obligación, o la terminación del contrato.

2. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT FRENTE AL RÉGIMEN COLOMBIANO

En Colombia el error, la fuerza y el dolo, así como la incapacidad relativa, son causales de nulidad relativa. Por su parte, los principios de Unidroit excluyen la incapacidad como vicio contractual, y adicionan la excesiva desproporción dentro de esta categoría.

En Colombia, el error, la fuerza y el dolo pueden presentarse y ser alegados en cualquier momento, incluso si el contrato ha terminado. En los principios de Unidroit sólo podrán ser alegados cuando esta circunstancia haya aparecido al momento de la celebración del contrato, de lo contrario estos vicios no ocasionarán su anulación.

En Colombia, la declaratoria de nulidad da derecho a las partes para ser restituidas a su estado inicial,³¹ en cambio, los principios de Unidroit permiten la aplicación preferencial de las reglas de incumplimiento, de la adaptación del contrato o de la purga del incumplimiento.

En Colombia no procede la indemnización de perjuicios cuando el vicio es saneado por ratificación; por el contrario, los principios de Unidroit establecen que cualquier acuerdo posterior al incumplimiento genera indemnización de perjuicios.

En Colombia la parte que alega error no necesita probar que el mismo fue determinante, mientras que los principios de Unidroit exigen la prueba acerca de la

³⁰ Ibid., art. 7.1.4, (1), (2), (3), (4), (5).

³¹ República de Colombia, Código Civil Colombiano, art. 1746.

relevancia del error,³² tanto para el impugnante como para la contraparte, de lo contrario no se tendrá el derecho de anular el contrato.

Para los principios de Unidroit, la amenaza o intimidación es un concepto más amplio y objetivo que el concepto de fuerza contemplado en nuestro Código Civil, puesto que en Colombia, la fuerza es una evaluación subjetiva sobre factores personalísimos de quien la padece. En los principios de Unidroit, la valoración debe hacerse con criterios objetivos, aunque se tomen en cuenta las circunstancias concretas de cada caso; por tanto, la amenaza por sí misma debe implicar un riesgo, independientemente de la afectación que el sujeto logre experimentar ante ella.

Así mismo, no puede alegarse amenaza, cuando en las mismas circunstancias otro contratante hubiera encontrado otra alternativa razonable diferente a celebrar el contrato en las condiciones propuestas por la otra parte. Los principios de Unidroit exigen esta característica al requerir que la amenaza o intimidación sea inminente y grave.

En Colombia, la fuerza debe recaer sobre el contratante, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes. Por su parte, los principios de Unidroit amplían el campo de aplicación de la amenaza, más allá de la integridad física o moral de los familiares del contratante, hacia sus bienes, su reputación comercial o sus intereses económicos.

En Colombia, la fuerza constituye por regla general una actividad ilícita, en cambio en los principios de Unidroit es considerada amenaza o intimidación, además del acto ilícito, toda actividad que pudiendo ser lícita, su utilización resulta reprochable para obtener la celebración del contrato.

En Colombia, el error y el dolo son vicios sustancialmente distintos, diferenciados básicamente por la mala fe que existe en el dolo y que está ausente en el error. Para los principios de Unidroit, son equiparables error y dolo, puesto que se refieren a circunstancias que una parte desconoce y que deberían haber sido reveladas por la contraparte, en virtud de la lealtad negocial.

El vicio (error o dolo) dependerá de la intención de la contraparte, o del grado de mala fe o culpa del mismo; en ese momento se definirá si hubo culpa o dolo. La trascendencia de este aspecto radica en que la conducta dolosa por sí misma es reprochable, y entonces la parte no necesita probar los demás requisitos que configuran el error relevante.

La figura de la excesiva desproporción no existe en el derecho colombiano como vicio de validez del contrato; sin embargo, existe similitud con la figura de la lesión enorme,³³ con la prestación irrisoria, y con el imprevisto económico.³⁴

³² Unidroit, ob. cit., art. 3.5 (1).

³³ Peter Linzer, *Validity under chapter 3 of the Unidroit principles of international commercial contracts* (online). España, 1998. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/7.pdf>

³⁴ República de Colombia, Código de Comercio Colombiano, art. 872.

Por lo anterior, vale la pena estudiar brevemente los aspectos similares y disímiles de tales figuras jurídicas.

En Colombia, la lesión enorme sólo procede en ciertos actos jurídicos,³⁵ mientras que en los principios de Unidroit, la excesiva desproporción aplica para cualquier contrato comercial, sobre cualquier tipo de bienes. En Colombia, la ley determina los efectos de la lesión enorme dependiendo del tipo de negocio específico en el cual se presente.³⁶ Por su parte, los principios de Unidroit no determinan parámetros de adaptación diferentes a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial, por tanto, es la costumbre mercantil la que determina las nuevas condiciones en las que se ejecutará el contrato.

Ahora bien, la prestación irrisoria³⁷ da lugar a las restituciones propias y a la indemnización de perjuicios, no obstante a diferencia de los principios de Unidroit, no constituye una causal de nulidad del contrato,³⁸ puesto que obliga a la parte afectada a solicitar el reajuste del contrato, en los términos establecidos en la ley. Así mismo, mientras que el otro contratante puede proponer fórmulas de adaptación, en Colombia, los límites y las condiciones de precio irrisorio han sido determinados por la ley.³⁹

Una diferencia sustancial con el imprevisto económico se encuentra en que las circunstancias que agravan el contrato deben ser imprevisibles y deben aparecer con posterioridad a la celebración del contrato, mientras que en la excesiva desproporción las condiciones ventajosas deben existir al momento de su celebración. En Colombia sólo es posible determinar la revisión por imprevisto económico si se trata de contratos con obligaciones sometidas a plazo, y en contratos no aleatorios, mientras que no existe tal exigencia en los principios de Unidroit, ya que cabe la posibilidad de incluir los contratos aleatorios cuando a pesar del carácter especulativo de sus prestaciones, se ha contemplado una ventaja excesiva para alguna de las partes.

Los principios de Unidroit permiten que las partes propongan fórmulas de restablecimiento de condiciones equitativas dentro del contrato, y en el evento en que no sea posible llegar a un acuerdo, el juez decide lo que más convenga: adaptar el contrato según criterios comerciales o anularlo. El régimen colombiano, por su parte, limita la acción a quien sufre la excesiva onerosidad, en tal caso, es el juez quien propone fórmulas de arreglo, que de no ser acogidas por las partes, le obligan a terminar el contrato.

Las consecuencias de una terminación de contrato son, en todo caso, diferentes a las consecuencias de una anulación, especialmente en los efectos retroactivos,

³⁵ República de Colombia, Código Civil Colombiano, arts. 1601, 1954, 2466, 2231 y 1405.

³⁶ Por ejemplo, en el caso de lesión enorme en la cláusula penal, opera el reajuste del monto de la cláusula hasta los máximos establecidos en la ley; en la compraventa de inmuebles, da lugar a la rescisión del contrato; en la anticresis y en el mutuo, operará la reducción de las tasas de interés a los límites legales permitidos.

³⁷ República de Colombia, Código de Comercio, art. 872.

³⁸ *Ibid.*, art. 830 y 831.

³⁹ *Ibid.*, art. 920.

ya que en el tráfico mercantil es posible que se vean involucrados terceros de buena fe, quienes resultarían perjudicados con una anulación, al tener que restituir bienes o perder derechos económicos⁴⁰ adquiridos legítimamente, teniendo en cuenta que no tienen injerencia en la relación jurídica que se pretende anular; mientras que la terminación del contrato no afectaría los derechos económicos que hubieren adquirido en relación con el contrato que se discute, ya que los efectos se generarían hacia futuro y no habría lugar a restituciones.

Los principios de Unidroit contemplan la obligación de indemnizar perjuicios a cargo de quien conoció o debía haber conocido la causa de anulación, así se haya optado por la adaptación; en cambio, la revisión por imprevisto económico no envuelve esta obligación para quien la solicita, en la medida en que se trata de circunstancias imprevisibles.

Ahora bien, frente a fórmulas de saneamiento, en Colombia se contempla tradicionalmente la ratificación y la prescripción, y adicional a ellas existen los mecanismos contemplados en el Código de Comercio, tales como la nulidad parcial y la conversión del negocio jurídico.

En los principios de Unidroit, las partes tienen la posibilidad de ejecutar el contrato en las condiciones inicialmente acordadas, ratificando aquellas circunstancias que podrían invalidarlo. Igualmente, el artículo 3.12 establece la pérdida del derecho de anulación, cuando el negocio ha sido confirmado de una manera expresa o tácita, una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación. Queda excluido en ambos ordenamientos el saneamiento del dolo por ratificación.

En Colombia, la nulidad relativa debe ser declarada por un juez y la omisión de este proceso dentro de los plazos establecidos en la ley da lugar al saneamiento por prescripción, en la medida en que el paso del tiempo causa la pérdida del derecho a alegar la nulidad. Los principios de Unidroit también contemplan la prescripción; sin embargo, se limitan a hablar de plazos razonables sin definirlos.

Ahora bien, si la parte que sufre el incumplimiento ha dejado prescribir el derecho de alegarlo, en todo caso no podrá alegar la nulidad, y no tendrá acción alguna, es decir, no podrá ejercer acción de nulidad ni de incumplimiento.

El Código de Comercio contempló como modalidad adicional de saneamiento la nulidad parcial,⁴¹ consistente en que un negocio jurídico no será nulo cuando alguna de sus cláusulas o partes lo sea, si ésta pueda excluirse, salvo que las partes no hubieran celebrado el contrato sin la estipulación o parte viciada de nulidad. Esta figura también existe en los principios de Unidroit, con el mismo procedimiento y efectos.⁴²

Por su parte, la conversión del negocio jurídico puede ser comparada en los principios de Unidroit con las figuras que permiten revisar el negocio y adaptarlo, a

⁴⁰ Unidroit, ob. cit., art. 3.17 (1).

⁴¹ República de Colombia, Código de Comercio, art. 902.

⁴² Unidroit, ob. cit., art. 3.16.

pesar de existir causales para declararlo nulo, haciendo prevalecer la finalidad querida por las partes, y los elementos esenciales del contrato. Ambas figuras comparten un interés por salvar el negocio jurídico.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT Y EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO

Luego de plantear brevemente las concordancias y discordancias más relevantes de los dos sistemas analizados, se hace necesario someterlos a un análisis económico, para determinar cuál de ellos presenta mayores incentivos hacia el cumplimiento de contratos afectados con vicios del consentimiento, o hacia su saneamiento y la eficiencia de tales mecanismos.

La teoría económica del contrato⁴³ se centra en dos preguntas básicas: a) ¿qué promesas deben hacerse cumplir legalmente, y b) ¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?

Uno de los fines económicos del contrato consiste en propender porque las partes obtengan lo requerido, por tanto, el objetivo del derecho debería consistir en hacer posible el cumplimiento de las promesas que se han acordado a través de una negociación. El problema surge cuando la ley impide la negociación frente a ciertas circunstancias previstas en ella. Tal es el caso de la regulación colombiana respecto de los vicios del consentimiento al momento de la celebración del contrato, pues la ley impide llegar a una nueva negociación satisfactoria para las partes.

En nuestro Código Civil no existe ningún interés en hacer cumplir las promesas sobre las cuales recae un vicio del consentimiento y, por tanto, no existe preocupación sobre los remedios para las mismas. Contrario a lo estipulado en dicho Código, la teoría económica del contrato establece que la ejecución forzosa de los contratos, aun en casos de fuerza o engaño, mejora la situación de los contratantes, sin empeorar la situación de nadie, configurando así un Óptimo de Pareto.⁴⁴

Por tanto, la falta de remedios a los vicios del consentimiento que responsabilicen al causante de los mismos y lo obliguen a resarcir el daño, genera un incentivo a favor de tales conductas, pues el causante del vicio tiene la ventaja de permitir la ejecución del contrato, pero si no desea continuar con el mismo, puede alegar el vicio y generar consecuencias negativas para el otro contratante, aun cuando él haya sido responsable, sin tener que indemnizar por dicha conducta.

Por el contrario, la existencia de remedios incentiva a las partes a evitar la presencia de vicios que puedan agravar las obligaciones de las partes o generar obligaciones inicialmente no previstas, tales como las de reparación o indemnización de daños por culpa.

⁴³ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 230.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 237.

La aplicación de normas de incumplimiento, y la purga del incumplimiento, establecidas en los principios de Unidroit, obligan a las partes a afianzar la diligencia en sus relaciones contractuales, de tal forma que ocurrido un vicio del consentimiento, cualquiera de ellas pueda proponer alternativas eficientes de ejecución, o elegir la terminación del contrato cuando ésta sea la solución más eficaz.

En el caso de error, dolo o amenaza, los sujetos causantes del vicio se enfrentan a una importante responsabilidad frente a la contraparte y a terceros, pues quien sufre los vicios tiene la posibilidad de modificar las obligaciones a la conveniencia inicial del contrato o exigir indemnizaciones propias del incumplimiento que sancionen tal conducta, lo cual hará que la parte que ocasiona el vicio colabore en la búsqueda de una salida eficiente.

Por otra parte, los remedios reducen la indemnización de daños a que tiene derecho la parte que alega el incumplimiento, independientemente de que persiga el cumplimiento tardío, el cumplimiento modificado de la obligación, o la terminación del contrato por nulidad, lo cual se traduce adicionalmente en una menor pérdida social.

En este punto encontramos otra discordancia, puesto que en Colombia la nulidad no generará indemnización de perjuicios cuando exista un acuerdo de las partes para sanear el negocio por ratificación. Es decir que la solución legal constituye no sólo una herramienta ineficiente para las partes, sino que incentiva una mayor pérdida social.

En el caso de los vicios del consentimiento, la inexecución forzosa de las promesas, y la falta de responsabilidad de quienes son culpables en los vicios, genera una oportunidad de la que éstos últimos pueden beneficiarse. A través de los vicios pueden lograr ventajas contractuales que, en el peor de los casos, podrían detenerse en el evento en que ocurra su declaración judicial, sin generar ningún riesgo adicional para el causante, es decir, que la oportunidad de inducir un vicio de consentimiento es más beneficioso que no hacerlo.

Los remedios a los vicios del consentimiento permiten a las partes eliminar el riesgo moral de obtener beneficios de manera desleal, pues las obligaciones de indemnizar el daño de la contraparte y de terceros desincentivan el comportamiento oportunista y favorecen la cooperación y el compromiso contractual.⁴⁵

Adicional a lo anterior, elimina la incertidumbre de las partes respecto de las consecuencias de la nulidad, pues los remedios incentivan nuevamente la negociación que sólo será posible si no se ha quebrantado la confianza, y que permitirá a las partes hallar directamente soluciones eficientes.

Por su parte, elimina el riesgo de la información asimétrica⁴⁶ pues las partes encuentran en el suministro de la comunicación suficiente y adecuada de datos una forma de eximirse de responsabilidad frente a los vicios de la contraparte, garantizando una operación más transparente e informada y con menores costos de transacción.

La ley resulta ser una herramienta útil de protección de derechos cuando pueden existir fallas que impidan su desarrollo, pero como regla general es incapaz de regular la totalidad de singularidades que pueden presentarse en la realidad.

Por ello, el establecimiento de reglas rígidas aplicables a la totalidad de situaciones resulta ineficiente,⁴⁷ y se hace necesario encontrar mecanismos que propendan por la autorregulación de las partes, conforme a sus intereses, limitadas exclusivamente por razones de eficiencia y equidad, de acuerdo con el medio en el cual se presenten.

Los remedios que incentivan a las partes a renegociar las obligaciones, a adaptar las condiciones o a indemnizar en el evento en que el proceso no resulte exitoso, se acercan mucho más a los fines contractuales razonables en cada circunstancia particular.

Los remedios permiten la flexibilidad necesaria en el campo contractual, donde las contingencias no pueden calcularse en su totalidad y, por tanto, se requiere una maleabilidad básica que garantice el cubrimiento eficiente de tales riesgos, lo cual es imposible bajo la inflexibilidad de la regulación de la invalidez de los contratos en Colombia.

La regulación de los vicios del consentimiento contemplada en el Código Civil colombiano es ineficiente porque otorga incentivos al comportamiento oportunista, favorece mayores pérdidas sociales, elimina la cooperación y confianza entre las partes, traslada los daños a terceros, y no permite a las partes negociar salidas que minimicen los riesgos y las contingencias o que permitan sanear eficientemente el contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Cooter, Robert y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Hernández, Adrian, Las ventajas desproporcionadas en los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Los Principios de Unidroit, ¿un derecho común de los contratos para las Américas? Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6-9 noviembre, Unidroit, 1998.

⁴⁶ Ibid., p. 270.

⁴⁷ Ibid., p. 266.

Linzer, Peter, Validity under chapter 3 of the Unidroit principles of international commercial contracts (online). (España), 1998. Disponible en [http:// www.bibliojuridica.org/libros/1/138/7.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/7.pdf)

República de Colombia, *Código Civil. Actualizado y concordado*, Bogotá, Legis, 2007.

República de Colombia, *Código de Comercio. Actualizado y concordado*, Bogotá, Legis, 2007.

Unidroit, *Principles of International Commercial Contracts*, 2004.