

LA INTERPRETACIÓN DE
LOS CONTRATOS ATÍPICOS
Y LA VALORACIÓN DE
LA CONDUCTA DE LOS
CONTRATANTES

COLECCIÓN ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO 4

© RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY
© CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
© JORGE OVIEDO ALBÁN (Editor Académico)
© UNIVERSIDAD DE LA SABANA
© GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ

Grupo Editorial Ibañez

Bogotá – Colombia
Carrera 69 Bis N° 36 – 20 sur
Teléfonos: 2300731 – 2386035

Librería:

Calle 12 B N° 7 – 12. L. 1; teléfonos: 2847524 - 2835194
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

Universidad de La Sabana

Campus del Puente del Común
Km 7 Autopista Norte de Bogotá, Chía, Cundinamarca, Colombia.
Tel: (57-1) 8615555 exts.: 1412 - 1413
www.unisabana.edu.co
publicaciones@unisabana.edu.co

Esta monografía se integra a la línea “Derecho Comercial Internacional” del Grupo de Investigación Derecho Privado Universidad de La Sabana (COL0038745) y al Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana, con el concurso del Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios (ILADEN) .

<http://derechocomercialinternacional.blogspot.com>.

<http://institutoiladen.blogspot.com>.

Las regalías derivadas de la colección “Estudios de Derecho Privado” han sido donadas por el editor académico y los autores participantes al Fondo de becas y ayudas económicas de la Universidad de La Sabana.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-158-6

Diagramación electrónica: *Elizabeth Contreras S.*

® 2012

Etcheverry, Raúl Aníbal / Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio

La interpretación de los contratos atípicos y valoración de la conducta de los contratantes / Raúl Aníbal Etcheverry y Carlos Ignacio Jaramillo J. ; presentación Jorge Oviedo Albán. – Chía : Universidad de La Sabana, Grupo Editorial Ibañez, 2012.

144 p. ; cm. – (Colección Estudios de Derecho privado ; 4)

ISBN 978-958-749-158-6

I. Contratos 2. Obligaciones (Derecho) I. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio
II. Oviedo Albán, Jorge III. Universidad de La Sabana (Colombia). Facultad de Derecho III. Tit.

CDD 346.022

Co-ChULS

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY

Profesor de la Universidad de Buenos Aires

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana

**LA INTERPRETACIÓN DE
LOS CONTRATOS ATÍPICOS
Y LA VALORACIÓN DE
LA CONDUCTA DE LOS
CONTRATANTES**

Presentación

JORGE OVIEDO ALBÁN

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de La Sabana



Universidad de
La Sabana



Grupo Editorial
IBAÑEZ

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO
JORGE OVIEDO ALBÁN
Director y editor académico
ELSA CRISTINA ROBAYO CRUZ
Directora de Publicaciones Científicas
Universidad de La Sabana

COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO

ALEJANDRO GARRO. Juris Doctor (Columbia University). Master of Laws (Louisiana University). (Estados Unidos).

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA. Doctor en Derecho (Universidad de Bolonia). Catedrático de Derecho Internacional Privado Universidad Carlos III de Madrid (España).

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ. Doctor en Derecho (Universidad de Paris). Profesor Universidad de La Sabana (Colombia).

CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

DIEGO FERNÁNDEZ ARROYO. Doctor en Derecho y Master en Derecho Comparado (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Sciences Po (Francia).

EDGARDO MUÑOZ. Dr. Iur. (Universität Basel) LLM (Liverpool).

Investigador asociado del Centro de Derecho Comparado, Europeo e Internacional (CDCEI) – Université de Lausanne (Suiza).

INGEBORG SCHWENZER. Dr. Iur. (Friburgo) LLM (Berkeley). Profesora ordinaria de Derecho Privado Universität Basel (Suiza).

OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA. Master of Laws (Melbourne University). Profesor Universidad de La Sabana (Colombia).

PILAR PERALES VISCASILLAS. Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Catedrática de Derecho Mercantil Universidad Carlos III de Madrid (España).

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY. Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Castilla La Mancha). Profesor Universidad de Buenos Aires (Argentina).

CONTENIDO

| | |
|-------------------|----|
| LOS AUTORES | 9 |
| PRESENTACIÓN..... | 13 |

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS Y LOS CONTRATOS ATÍPICOS

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY

| | | |
|-------|---|----|
| 1. | INTRODUCCIÓN Y ORIGEN DEL CONTRATO. CONTRATOS EN EL DERECHO ROMANO | 19 |
| 2. | NOCIÓN DE CONTRATO EN ARGENTINA Y EN OTROS PAÍSES | 23 |
| 3. | ACUERDOS, PACTOS Y CONVENIOS | 31 |
| 4. | LOS CONTRATOS INNOMINADOS | 37 |
| 5. | LOS CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS | 41 |
| 6. | LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA | 45 |
| 7. | PRINCIPALES REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL DERECHO ARGENTINO | 53 |
| 7.1. | <i>La voluntad de las partes contratantes</i> | 57 |
| 7.2. | <i>La calidad de los sujetos</i> | 58 |
| 7.3. | <i>El obrar de los sujetos</i> | 59 |
| 7.4. | <i>El tiempo, el espacio, el entorno social</i> | 60 |
| 7.5. | <i>Las declaraciones</i> | 61 |
| 7.6. | <i>El fin práctico del acto o contrato</i> | 62 |
| 7.7. | <i>La naturaleza del acto</i> | 63 |
| 7.8. | <i>Validez</i> | 64 |
| 7.9. | <i>El favor debitoris</i> | 64 |
| 7.10. | <i>Onerosidad</i> | 65 |
| 7.11. | <i>Otras reglas</i> | 66 |
| 7.12. | <i>Patrones de interpretación vinculados a la interpretación modificativa del contrato</i> | 67 |
| 8. | REGLAS ADICIONALES PARA LOS CONTRATOS INNOMINADOS | 69 |
| 9. | REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS Y TÍPICOS | 73 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 75 |

LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LOS CONTRATANTES
Y SU INCIDENCIA EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

-ALCANCE DE LA TRILOGÍA INTEGRADA POR LOS ACTOS
ANTERIORES, COETÁNEOS Y POSTERIORES A SU CELEBRACIÓN-

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | GÉNESIS DE LA PRESENTE CONTRIBUCIÓN ACADÉMICA | 79 |
| 2. | PROPÓSITO DE ESTE OPÚSCULO. UBICACIÓN Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA | 83 |
| 3. | LA CONDUCTA O EL COMPORTAMIENTO ASUMIDO POR LOS CONTRATANTES A LO LARGO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL (<i>ITER CONTRACTUS</i>) | 87 |
| 3.1. | <i>Generalidades</i> | 87 |
| 3.2. | <i>La renovada importancia de la conducta y su valoración en el marco del derecho contractual contemporáneo. Examen tendencial</i> | 90 |
| 3.3. | <i>La conducta interpretativa en la esfera hermenéutica</i> | 100 |
| 3.4. | <i>La interpretación histórica del contrato y la búsqueda de la común intención de los contratantes</i> | 104 |
| 3.5. | <i>Importancia de los elementos externos o extra-textuales de interpretación y de las circunstancias del caso. Su trascendencia individual en la interpretación contractual</i> | 109 |
| 3.6. | <i>Los actos anteriores a la celebración del contrato y los actos coetáneos y ulteriores a la misma. El comportamiento integral</i> | 113 |
| 4. | TRATAMIENTO NORMATIVO | 129 |
| 4.1. | <i>Principales normas de codificaciones internacionales</i> | 129 |
| 4.2. | <i>Principialística internacional</i> | 131 |
| 5. | CONSIDERACIONES FINALES | 135 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 139 |

LOS AUTORES

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY es Abogado y Escribano de la Facultad de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma Facultad y Universidad. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Profesor Titular por concurso en dos universidades nacionales: de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Económico y Empresarial en la de Ciencias Económicas de la misma Universidad, Argentina. Además es Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (nombrado en el 2005). Profesor Honoris Causa y Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Salta. Profesor por varios años del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Académico y Fundador de la International Academy of Consumer and Commercial Law. Académico de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Académico de la Academia Interamericana de la Federación Interamericana de Abogados. Diploma de Estudios Avanzados otorgado por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Obtención ante un Tribunal que lo calificó con sobresaliente. Miembro honorario del Instituto de Derecho Comercial del Uruguay. Investigador *part time* del Instituto Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Profesor Titular de Cátedra y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Jurado para Jueces del Fuero Federal, Argentina. Director de una obra de

más de veinticinco volúmenes sobre Código de Comercio y Derecho de los Negocios (Editorial Astrea). Autor de un proyecto presentado al Ministerio de Justicia de la Nación sobre la reforma de las sociedades comerciales (Argentina). Coautor, en Comisión de juristas, de la reforma del Código de Comercio de Bolivia. Director argentino por el Programa Intercampus, celebrado por tres años con la Universidad de Valladolid, España, como cabeza de grupo. Director argentino en el programa AECI (Asociación de Cooperación Económica Española), para investigar la situación de las pequeñas empresas en la Argentina y Formular un proyecto de ley. Ex Director, en cargo que ejerció en tres períodos distintos, del Departamento de Derecho Económico y Empresarial. Es árbitro nacional e internacional, habiendo intervenido en varios casos. Es presidente de la Red de Estudios Jurídicos de Latinoamérica y de la Red Nacional de Estudios Jurídicos. Profesor y conferencista en innumerables ocasiones en Argentina y otros países. Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios (ILADEN).

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO es abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia); Magíster en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Igualmente obtuvo el título de Grado de la Universidad de Salamanca, así como el Diploma de Estudios Avanzados (DEA) de la misma Universidad en el programa de Doctorado “Nuevas tendencias del Derecho Privado”. Decano Académico y Catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Ex Vicepresidente y ex Presidente –en funciones– de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado de la Sala de Casación Civil de la misma Corte, sala de la que, en su oportunidad fue Vicepresidente y luego su Presidente. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Miembro del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universi-

dad Javeriana y de su Centro de Estudios en Derecho Privado. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Miembro de número, ex Presidente y Presidente Honorario de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE). Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ex Presidente Mundial y Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA). Miembro de la Association Henri Capitant. Miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Socio de la firma de abogados “Salazar, Pardo y Jaramillo” y árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la que es también miembro de su Corte de Arbitraje. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor invitado y Profesor visitante de diversas universidades europeas y latinoamericanas.

PRESENTACIÓN

Gracias a la colaboración de un selecto grupo de autores americanos y europeos, quienes han acudido presurosos al llamado realizado para participar en este proyecto sin otro interés que el de contribuir al estudio y difusión de diversas temáticas de actualidad en el campo del Derecho Privado contemporáneo, ha surgido la Colección “Estudios de Derecho Privado”, que compila una serie de trabajos relativos a diversos temas y problemas que genera el fenómeno globalizante, que sin duda no tiene marcha atrás. Esta colección, editada en conjunto por la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y el Grupo Editorial Ibañez, con el apoyo del Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios (ILADEN) presidido por el Profesor RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY, de varios miembros del Grupo ACCURSIO de Derecho Internacional Privado (España), de *Global Sales Law Project*, de la Universidad de Basilea (Suiza) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), entre otros grupos y centros de estudio internacionales, es fruto de las labores de investigación y docencia iniciadas hace varios años en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, especialmente en la línea de investigación “Derecho Comercial Internacional” del Grupo de Derecho Privado liderado por el autor de estas líneas.

En el marco de dichas actividades, y como producto de la dinámica propia de los temas tratados, se ha generado un diálogo entre varios profesores y grupos de investigación nacionales y extranjeros, todo con la finalidad de unir esfuerzos en pro de la divulgación del conocimiento y la imperiosa necesidad de conocer los desarrollos del Derecho Comparado,

buscando nutrirse de elementos para generar nuevas interpretaciones de las reglas jurídicas, de forma que se pueda responder de manera adecuada a las realidades y necesidades del mundo contemporáneo, además de promover la difusión y aplicación particularmente en los países latinoamericanos de los instrumentos internacionales de la contratación, que han venido siendo adoptados en diversos países a instancias de entidades intergubernamentales, tales como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), entre otros.

Los trabajos monográficos que se incluyen en esta colección, que el lector encontrará enunciados al final de este texto, versan sobre diversos tópicos del Derecho Privado: Civil y Comercial, además del Derecho Internacional Privado y el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

En esta ocasión tengo el inmenso honor de presentar esta obra que reúne dos trabajos en torno al tema de la interpretación del contrato, autoría de los Profesores RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY y CARLOS IGNACIO JARAMILLO, dos de los más destacados autores y profesores de Derecho Privado de América Latina, cuyas obras han llegado más allá de los límites continentales para convertirse en referencias de obligada consulta en cada uno de los temas en los que han impartido clases, conferencias y escrito numerosas obras, capítulos de libro, artículos y todo tipo de contribuciones académicas.

El tema sobre el cual se desarrollan los trabajos mencionados es el de la interpretación del contrato. Se trata, sin dudar, de una de las tareas más complejas en todo el Derecho. Interpretar, como lo indica DANZ, significa fijar el sentido y significado de las manifestaciones de voluntad, especialmente de las palabras¹, la que en las más de las veces no

¹ DANZ E., *La interpretación de los negocios jurídicos*, traducción de la 3ª ed. alemana y concordancias con el Derecho español por W. Roces, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1926, p. 15.

aparece tan clara como las partes del contrato quisieran, de forma que al abogado, al juez o al árbitro les corresponde dilucidar el real querer de los contratantes. Ésta, a su vez, tiene una función normativa, toda vez que "...el problema que caracteriza este tipo de interpretación es el problema del entender para obrar"².

En este contexto, el trabajo del Profesor ETCHEVERRY parte de un interrogante clásico en el Derecho de Contratos, como es tratar de dilucidar la forma de interpretar los contratos atípicos y por ende concluir sobre su disciplina reguladora. El Profesor ETCHEVERRY, luego de dilucidar algunas ideas sobre la función interpretativa en general, precisa la forma como el tema ha sido desarrollado en el Derecho argentino, que no obstante sirve de punto de referencia para el estudio de la cuestión en cualquiera de los países de la tradición civilista, los cuales no le son ajenos al Profesor de la Universidad de Buenos Aires, puesto que él, entre otras cosas, es un consumado comparatista.

Esta afirmación que está lejos de intentar ser un halago (puesto que el Profesor ETCHEVERRY no los necesita), es una realidad que pude constatar hace varios años cuando, a propósito de una visita académica a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, (que por fortuna para mí se ha repetido año tras año gracias a la generosidad intelectual y a la amistad del Profesor ETCHEVERRY), en la que en una reunión programada en su estudio de la calle Florida, en pleno corazón de Buenos Aires, para intercambiar algunas ideas, me hablaba del Derecho colombiano como si fuera un abogado y profesor formado en éste. Fruto de esta charla surgieron varios estudios que el Profesor me pidió escribir relativos a los contratos de colaboración empresarial, la constitución de

² BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

sociedades, etc., que a su turno han servido como materiales de lectura con destino a los estudiantes de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Universidad de Buenos Aires, a la que he podido incorporarme como profesor invitado extranjero, gracias a la inmensa generosidad de su director. Igualmente, el constante diálogo académico que sostenemos sirvió para la fundación del Instituto Latinoamericano de Derecho de los Negocios (ILADEN), escenario que sirve de punto de encuentro e intercambio académico entre diversos profesores de la región que busca redundar en beneficios para los estudiantes y abogados de nuestros países.

Este trabajo está seguido de un importante aporte del Profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO, Decano de mi *alma mater*, relativo a la conducta observada por los contratantes y su incidencia en la interpretación del contrato. En este escrito, el Decano Jaramillo explora la forma como la conducta, o como lo llama: “comportamiento integral”, debe ser tenido en cuenta por el intérprete para establecer lo realmente querido por los contratantes, toda vez que como bien afirma y ya se destacó líneas atrás, este querer no siempre aparece de forma clara en el documento que contiene “el contrato”.

Este trabajo se fundamenta no sólo el estudio de las normas colombianas, sino también en la doctrina y legislación extranjeras, además de las vertientes internacionales sobre el particular, lo que también sobra destacar, puesto que el autor desde hace varios lustros ha venido realizando aportes en la historia del Derecho Privado de occidente sino también con pleno conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros, competencia ésta que se impone como requerimiento para los abogados del siglo XXI que pretendan entender la realidad global que nos ha correspondido vivir.

En realidad, debo destacar toda mi gratitud al Profesor JARAMILLO, con quien también hemos compartido numerosos escenarios de diálogo académico e intercambio constante y fluido de opiniones, materiales puntos de vista, que nos han permitido enriquecer nuestros respectivos trabajos docentes

e investigativos. Seguramente en el próximo correo electrónico que crucemos o en el próximo café que tomaremos cuando apenas inician las labores de la Universidad en una agradable conversación en torno a uno de nuestros gustos comunes: los libros, surgirán nuevas ideas y colaboraciones académicas.

Corresponde igualmente destacar que este aporte del Profesor JARAMILLO, al igual que el de RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY, surgió gracias a la presurosa respuesta que varios académicos de Europa, Estados Unidos y Latinoamérica hicieron ante el llamado a la solidaridad por los eventos que desataron la inundación de la Universidad de La Sabana en abril de 2010. Los Profesores JARAMILLO y ETCHEVERRY, junto a todos los que integran la colección “Estudios de Derecho Privado”, pese a sus múltiples ocupaciones profesionales y académicas y no obstante sus diversas afiliaciones institucionales, se unieron a esta noble causa que una vez más quiere demostrar que la Universidad, cualquiera que ésta sea, se integra en rededor de una misma misión que es la de formar a los profesionales que han de contribuir para el mejoramiento de la sociedad y la solución de sus problemas y la de unir esfuerzos en torno a la investigación de temas que también nos son comunes.

JORGE OVIEDO ALBÁN
Campus del Puente del Común
Universidad de La Sabana