

RANFER MOLINA MORALES\*

*La retractación en los contratos*

SUMARIO: Introducción. I. La noción de retractación. A. La definición de retractación. B. Las características del ejercicio del derecho de retractación. II. La autonomía del derecho de retractación. A. La retractación y otras figuras afines. B. La naturaleza del derecho de retractación. III. Las fuentes del derecho de retractación. A. La ley. B. El contrato. IV. El régimen de la retractación. A. Condiciones del ejercicio del derecho de retractación. B. Efectos de la retractación.

## INTRODUCCIÓN

En términos corrientes, retractarse es cambiar de parecer, desdecirse, arrepentirse, retirar el consentimiento expresado. Esta conducta tiene aplicación en todos los ámbitos de la vida humana, incluyendo el derecho, donde el concepto se utiliza en diferentes ámbitos. El presente escrito está limitado a la retractación en los contratos.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico existen varios casos de retractación, los suficientes como para configurar una forma autónoma de extinción de los contratos que amerite ser estudiada, la figura ha pasado desapercibida para la doctrina nacional, cuya atención se ha encauzado principalmente hacia el estudio de las arras penitenciales, la más conocida de las facultades de retractación del derecho común, y más recientemente, hacia el denominado derecho de retracto del Estatuto del Consumidor. De hecho, la retractación en los contratos hoy día parece asociarse casi que exclusivamente con el derecho del consumidor.

Que yo sepa, no existe en nuestro país ningún trabajo académico dedicado a la retractación en materia contractual, abordado desde una perspectiva amplia, referido tanto al derecho privado tradicional como al derecho del consumidor. Una probable explicación para lo anterior podría ser la consideración de que no es posible concebir un "régimen general de la retractación", porque los principios del derecho común de los contratos serían insuficientes para fundar y explicar la retractación en el derecho del consumidor, que se regiría por una lógica y unas reglas diferentes. O incluso que el concepto de retractación, claro e indiscutible en el derecho del consumidor, carecería de fundamento en el derecho común al no haber sido consagrado de manera general y explícita por ninguna norma.

---

\* Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

El dominio de la retractación es heterogéneo, incoherente y está conformado por las más variadas materias, lo que dificulta su presentación metódica. Dentro de ese complejo dominio encontramos algunas diferencias importantes, tales como que algunas veces el derecho de retractarse está sujeto a una contraprestación y otras no; que en ciertos casos la retractación no tiene cabida cuando se ha ejecutado un contrato, mientras que en otros el derecho solo aplica o tiene sentido precisamente después de ejecutado. En fin, que en unos casos el plazo para retractarse es determinado, generalmente corto, mientras que en otros casos es indeterminado.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse: ¿es posible tratar conjuntamente y bajo la misma forma de ineficacia contractual las diferentes hipótesis en las que una parte puede legítimamente arrepentirse de la celebración o ejecución de un contrato? ¿Es posible combinar los casos de retractación del derecho del consumidor con los previstos en otras normas? Me atrevo a responder afirmativamente.

Es cierto que la retractación tiene una consagración expresa en el Estatuto del Consumidor, que en otras normas el concepto no aparece muy claro, y que los posibles casos previstos por estas se encuentran dispersos y encubiertos bajo otras denominaciones. Con todo, considero que es posible encontrar unos elementos esenciales comunes y una coherencia entre todos los casos de retractación.

La retractación es un modo extintivo de los contratos, que si bien podría caber dentro de una categoría jurídica más amplia, tiene unas características propias que lo distinguen de otras formas extintivas. El interés y propósito de este artículo es contribuir al estudio de dicha figura sobre la que poco se ha escrito, y que además es de actualidad, dada la tendencia del legislador a ampliar las hipótesis de retractación, especialmente en el derecho del consumidor.

## I. LA NOCIÓN DE RETRACTACIÓN

### A. LA DEFINICIÓN DE RETRACTACIÓN

El derecho de arrepentirse de la celebración o de la ejecución de un contrato se ha consagrado en nuestro ordenamiento jurídico bajo distintas denominaciones: retractación (arts. 1859 y 1860 C.C. y 866 C.Co.), desistimiento (art. 1002 C.Co.), revocación (arts. 1195 y 1196 C.C. y 17 del Dcto. 2493 de 2004) y derecho de retracto (art. 47 de la Ley 1480 de 2011). Otras veces el legislador no utiliza una expresión propia del léxico jurídico sino que

describe el derecho mediante palabras del lenguaje común: “el vendedor podrá recobrar la cosa vendida” (art. 1939 C.C.) o “el autor de una obra podrá retirarla de circulación” (art. 30, lit. e) de la Ley 23 de 1982). En todos los casos anteriores la idea implícita es la misma: permitir que una parte retire el consentimiento previamente declarado, con el fin de desligarse de un contrato como si este no hubiera existido.

En el vocabulario jurídico nacional las denominaciones más frecuentes para calificar el derecho de arrepentimiento contractual han sido retractación y retracto. Nuestra doctrina y jurisprudencia han empleado dichas expresiones indistintamente, como sinónimas<sup>1</sup>. En el derecho comparado, sin embargo, “retracto” se refiere al derecho previsto en la ley o en el contrato para dejar sin efecto una enajenación y recuperar el bien transferido, es decir, “al acto de traer de nuevo a nuestro espacio un bien que en nosotros ha estado ya”<sup>2</sup>. Para algunos, solo en el sentido expuesto es que puede entenderse la palabra retracto<sup>3</sup>. Es en ese mismo sentido que los diccionarios jurídicos la definen<sup>4</sup>.

De cualquier forma, la expresión “derecho de retracto”<sup>5</sup> como sinónimo de arrepentimiento o retractación ha tomado fuerza en Colombia, en especial desde la promulgación del Estatuto del Consumidor<sup>6</sup>, que en su artículo 47 entiende pactado tal derecho. Personalmente me inclino por el término

1 CÉSAR GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1996, pp. 25 y ss. JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles*, 12ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997, pp. 47 y ss. Entre otras, las siguientes sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: 14 de marzo de 1996, exp. 4738), 12 de agosto de 2002, exp. 6151) y 12 de marzo de 2004, exp. 6759).

2 VIDAL RIVERA SABATÉS. *El Derecho de retracto convencional*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 3.

3 Sostiene MATEO RIAZZA, en su obra *Los retractos: errores dominantes acerca de la materia*, citado por VIDAL RIVERA SABATÉS en *El derecho de retracto convencional*, que “para esta rama de la ciencia [el derecho] retracto o retrotraer no puede ser más que el acto jurídico por virtud del cual volvemos a nuestro patrimonio un bien material que de aquél salió; o en otros términos, la facultad legal o convencional de recuperar una cosa de la que nos hemos desprendido”.

4 GUILLERMO CABANELLAS. *Diccionario de derecho usual*, 21ª ed., t. VII, Eliasta, Buenos Aires, 1989, p. 213. *Diccionario jurídico Espasa*, Espasa, 2001, Madrid, pp. 1283 y ss. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, vol. IV, 1995, Madrid, pp. 5983 y 5984.

5 La expresión “derecho o beneficio de retracto” también se refiere al derecho que tiene el deudor a no ser obligado a pagar al cesionario de un derecho litigioso sino el valor de lo que este haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor (art. 1971 C.C.).

6 El derogado Decreto 3466 de 1982, de protección al consumidor, en su artículo 41 se refería a dicho derecho como de retractación.

“retractación”, acción de retractarse, que en su sentido corriente significa revocar lo que se ha dicho o hecho, que coincide con su sentido jurídico.

CORNU define la retractación como “la manifestación de voluntad contraria por la cual el autor de un acto o de una manifestación unilateral de voluntad se retracta de su voluntad y la retira a fin de privarla de todo efecto pasado o hacia futuro”<sup>7</sup>. Para MOUSSERON, “la facultad de retractación aparece como el derecho para una de las partes, incluso las dos, de reconsiderar su acto de voluntad, de retirar su participación del consentimiento sobre el que se basa el contrato”<sup>8</sup>. CABANELLAS define retractación como el retiro del consentimiento anterior y como arrepentimiento de lo prometido<sup>9</sup>.

La retractación se puede definir como modo de extinción de los contratos o como un derecho. En este último sentido, es la facultad que autoriza al contratante a sustituir su voluntad inicialmente expresada por una nueva, contraria e incompatible con la anterior, con el objetivo de extinguir retroactivamente un contrato.

MIRABAIL<sup>10</sup> distingue tres elementos esenciales que definen la voluntad de retractarse: a) *la unilateralidad* de la declaración de voluntad. Expresión de una voluntad única, la retractación de un contrato se produce por medio de un acto jurídico unilateral, lo que la distingue del mutuo disenso y lo que permite descartar la existencia de retractaciones bilaterales; b) *la incompatibilidad* de la segunda manifestación de voluntad con la declaración expresada inicialmente. La contradicción entre las dos voluntades es tal que la coexistencia de las mismas es imposible; c) *la sustitución* mediante la cual opera la retractación, en la medida en que la última voluntad sustituye a la anterior para dejarla sin efectos. Esto permite diferenciar la retractación del cambio de voluntad con efectos hacia el futuro justificada por nuevo hechos, que no se opone a la voluntad inicialmente expresada, como sería el caso de la terminación *ad nutum* de un contrato.

La peculiaridad de la retractación, que permite su distinción respecto de otras formas extintivas, es la de autorizar la manifestación sucesiva de dos voluntades contradictorias en la que la segunda borra a la primera.

7 GÉRARD CORNU. *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., Association Henri Capitant, Quadrige/Puf, París, p. 827.

8 JEAN MARC MOUSSERON. *Technique contractuelle*, 3ª ed., Francis Lefebvre, París, 2005, p. 134.

9 GUILLERMO CABANELLAS. *Diccionario de derecho usual*, 21ª ed., t. VII, Eliasta, Buenos Aires, 1989, p. 212.

10 SOLANGE MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, París, 1997, pp. 3 y 4.

## B. LAS CARACTERÍSTICAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTACIÓN

El ejercicio del derecho de retractación se distingue por su carácter unilateral, potestativo, extintivo y recepticio:

a) Es unilateral, en la medida en que la extinción del contrato depende única y exclusivamente de la voluntad de la parte que ejerce el derecho. La voluntad de la otra parte no juega ningún papel en la extinción del vínculo contractual, ni siquiera cuando el derecho tiene su fuente en la autonomía privada. El acto de retractarse es autónomo e independiente respecto del contrato que consagró el derecho.

b) Es potestativo, en el sentido de que la facultad de retractarse no está sujeta a la ocurrencia de suceso alguno sino a un hecho voluntario del titular del derecho, quien no está obligado a justificar o a motivar su determinación. Ahora bien, el que el ejercicio del derecho sea potestativo no excluye su control a través del abuso del derecho.

c) Es extintivo, toda vez que aniquila el contrato. Este efecto toca a ambos contratantes, que quedan liberados de sus obligaciones, y no solo a quien se retractó. Como más adelante veremos, los efectos de la extinción del contrato son retroactivos.

d) Es recepticio, porque, al igual que para el ejercicio de otras prerrogativas unilaterales, la decisión de retractarse debe ser puesta en conocimiento de la otra parte para que produzca efectos.

## II. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE RETRACTACIÓN

### A. LA RETRACTACIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES

Los actos jurídicos unilaterales en derecho privado pueden ser clasificados en relación con sus efectos en al menos tres categorías diferentes: actos unilaterales declarativos (el reconocimiento de un hijo), actos unilaterales traslativos (el testamento) y actos unilaterales extintivos<sup>11</sup>. A propósito de

11 JEAN-LUC AUBERT y ERIC SAVAUX. *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12ª ed., Dalloz, París, 2008, p. 224.

estos últimos es que vale la pena diferenciar la retractación de otras figuras similares.

# 1. LA RETRACTACIÓN Y LA TERMINACIÓN *AD NUTUM*<sup>12</sup>

La terminación *ad nutum* es un acto jurídico unilateral que pone fin hacia el futuro a un contrato de ejecución sucesiva por la sola voluntad de una de las partes. Esta forma de ruptura contractual tiene su principal campo de aplicación en los contratos de duración indefinida. Excepcionalmente aplica a contratos de duración definida, cuando el derecho de terminación *ad nutum* ha sido previsto en la ley o en el contrato.

La terminación *ad nutum* y la retractación se asemejan en el sentido de que la extinción del vínculo contractual depende de la voluntad de una de las partes. Pero se diferencian, en primer lugar, en que mientras la retractación aplica a todo tipo de contratos sin importar su duración, la terminación *ad nutum* aplica solo a contratos de tracto sucesivo cuya ejecución ha comenzado. Sobre este punto es importante aclarar que la aplicación de la retractación a contratos de ejecución sucesiva está condicionada a que estos no hayan comenzado a ejecutarse<sup>13</sup>. Si el contrato de tracto sucesivo ha comenzado a ejecutarse, la voluntad de poner fin al mismo adopta el nombre de “terminación” y los efectos de la ruptura son *ex nunc*.

En segundo lugar, mientras la terminación *ad nutum* tiene efectos hacia el futuro, la retractación tiene efectos retroactivos. Como mencioné antes, en el caso de la retractación, la voluntad que aniquila el contrato es contraria e incompatible con la voluntad que condujo a la celebración del mismo (la segunda declaración deshace la primera), lo que no sucede en la terminación *ad nutum*, donde no hay sustitución de voluntades sino una sucesión en el tiempo de dos voluntades diferentes y compatibles que cumplen sus propias finalidades. En tercer lugar, la terminación *ad nutum* tiene aplicación en

12 En un artículo escrito hace algunos años me referí a esta figura como “terminación unilateral *ad nutum*” (“La terminación unilateral del contrato ‘ad nutum’”, *Revista de Derecho Privado* n.º 10, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 125). Sin embargo, dicha expresión parece redundante puesto que el vocablo *ad nutum* lleva implícito el carácter unilateral.

13 No conozco ningún caso legal de extinción retroactiva de un contrato de ejecución sucesiva que ya hubiere comenzado a ejecutarse. En el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, si bien se permite el derecho de retracto en contratos de prestación de servicios, la ley excluye la posibilidad de ejercer el derecho cuando “la prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor”.

cualquier momento de la vigencia del contrato, mientras que la retractación normalmente se ejercita dentro de un plazo determinado<sup>14</sup>. Por regla general, la retractación no exige preaviso mientras que la terminación *ad nutum* sí<sup>15</sup>.

# 2. LA RETRACTACIÓN Y LA REVOCACIÓN

Al igual que el desistimiento, la revocación es un acto unilateral<sup>16</sup> extintivo que tiene lugar en los casos autorizados por la ley. Pero mientras el desistimiento aplica solo a contratos, la revocación comprende cualquier negocio jurídico. La revocación tiene un carácter discrecional ya que cuando se revoca por regla general se hace de manera libre. La revocación ha sido definida como “un acto unilateral de retractación por medio del cual una persona deja sin efectos un acto anterior, otorgado por ella misma, o un contrato en que es parte, y que produce ese efecto en los casos previstos en la ley”<sup>17</sup>.

La revocación y la retractación se diferencian en que mientras la primera recae sobre todo tipo de negocios jurídicos, la retractación recae solo sobre contratos. Naturalmente que la noción de arrepentimiento también tiene relevancia tratándose de actos jurídicos unilaterales, de acuerdo con la definición descrita, pero el término jurídico que describe esos casos es precisamente “revocación”<sup>18</sup>. En segundo lugar, mientras la retractación solo tiene efectos retroactivos, en cuanto hace desaparecer el contrato como si nunca hubiese existido, la revocación en algunos casos tiene efectos retroactivos y en otros efectos hacia el futuro. Cuando la revocación recae sobre contratos

14 Como más adelante veremos, en casos excepcionales el derecho de retractación se puede ejercer durante plazos indeterminados.

15 El ejercicio del pacto de retroventa requiere de un preaviso (art. 1943, inc. 2º C.C.). El asegurador puede dar por terminado en cualquier tiempo el contrato de seguro sin necesidad de preaviso (art. 1071 C.CO.).

16 Algunos autores emplean la palabra revocación para calificar actos jurídicos bilaterales. ÁLVARO PÉREZ VIVES usa dicho término para llamar al mutuo disenso en contratos de ejecución instantánea (*Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1955, vol. III, p. 456). Para GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, la revocación voluntaria es un acto jurídico convencional o unilateral en el que se disuelve y deja sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero (*Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1994, pp. 511 y ss.).

17 GÉRARD CORNU. *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., Association Henri Capitant, Quadrige/Puf, Paris, p. 832.

18 A manera de ejemplo, se revoca el testamento (art. 1055 C.C.), el acto de desheredamiento (art. 1269 C.C.) y el poder (art. 843 C.CO.).

de ejecución sucesiva adopta la forma de terminación *ad nutum* y tendrá efectos *ex nunc*. Así, por ejemplo, el contrato de seguro en ejecución puede ser revocado, que es lo mismo que decir que será terminado unilateralmente (art. 1071 C.Co.). Cuando la revocación recae sobre contratos de ejecución instantánea los efectos serán *ex tunc*, y es en estos casos cuando retractación y revocación coinciden. Por eso la ley habla de revocar la donación (art. 1195 C.C.), que equivale a retractarse o arrepentirse de la donación. En tercer lugar, la revocación aplica a todo tipo de contratos, sin importar el estado de ejecución en el que se encuentren, mientras que la retractación no aplica a contratos de tracto sucesivo cuya ejecución hubiere iniciado.

### 3. LA RETRACTACIÓN Y EL DESISTIMIENTO

La expresión “desistimiento”, en su acepción principal, es una forma anormal de terminación de un proceso judicial, consistente en la renuncia que hace el demandante a sus pretensiones que motivaron un pleito<sup>19</sup>.

En el derecho de los contratos, de acuerdo al uso que de la denominación hacen nuestros códigos Civil y de Comercio, el desistimiento se puede definir como el acto por el cual una de las partes de manera unilateral pone fin a un contrato cuando la ley la autoriza. Si revisamos los casos en que la ley autoriza a desistir de un contrato notaremos que, con excepción de un par de supuestos en el contrato de transporte<sup>20</sup>, donde el derecho se ejerce de manera libre pero pagando una penalidad, el desistimiento está condicionado a la ocurrencia de un hecho o de una justa causa<sup>21</sup>. Así las cosas, el desisti-

19 LUIS RIBÓ DURÁN. *Diccionario de derecho*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 220. *Diccionario jurídico Espasa*, Espasa, Madrid, 2001, p. 576.

20 El pasajero podrá desistir del transporte contratado con derecho a la devolución total o parcial del pasaje (art. 1002 C.Co.) y el cargador podrá antes del zarpe desistir del contrato pagando al transportador la mitad del flete convenido, los gastos de cargue y descargue y la contraestadia (art. 1620 C.Co.).

21 Si el transportador cancela el zarpe de la nave, el pasajero podrá exigir que se efectúe el transporte en otra nave por cuenta de aquel o desistir del contrato (art. 1590 C.Co.); cuando el nombre de la nave sea condición esencial del contrato, podrá el pasajero cumplir el viaje en otra que sustituya a la designada o desistir del contrato (art. 1591 C.Co.); si el zarpe de la nave llegare a ser imposible por causa de fuerza mayor, el contrato se considerará terminado. Y si por la misma causa sufre retardo excesivo, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato (art. 1607 C.Co.); el comprador podrá desistir del contrato de compraventa si la cosa futura llegare a tener existencia solo parcial (arts. 917 C.Co. y 1870 C.C.), si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato (art. 918 C.Co.); si el vendedor, por hecho o culpa suya, ha retardado

miento es una categoría general y amplia de ruptura unilateral del contrato, que equivale a retractación cuando una norma autoriza la libre extinción de un contrato de ejecución instantánea, de ejecución prolongada o de ejecución sucesiva que no haya comenzado a ejecutarse. En relación con los efectos del desistimiento, serán retroactivos o hacia el futuro, dependiendo del caso. En el mandato civil, el artículo 2185 C.C. autoriza al mandatario a desistir de su encargo cuando el mandatario no cumpla sus obligaciones. Como esta hipótesis podrá ocurrir en cualquier momento de la vida del contrato, si el mismo no ha comenzado a ejecutarse los efectos serán retroactivos; y si ya comenzó la ejecución, los efectos serán hacia el futuro.

### B. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE RETRACTACIÓN

Determinar la naturaleza de un derecho es calificarlo, o sea, ubicarlo en una categoría jurídica conocida con el fin de deducir su régimen aplicable. Para establecer la naturaleza jurídica del derecho de retractación podemos apoyarnos tanto en la teoría general del derecho como en el régimen general de las obligaciones.

En el ámbito de la teoría general del derecho, la facultad de retractación se puede ubicar en la categoría de los derechos subjetivos potestativos<sup>22</sup>. El titular de dicha prerrogativa puede transformar por medio de un acto jurídico unilateral los derechos y obligaciones nacidos de un contrato. Particularmente, esa persona tiene la opción de escoger entre el cumplimiento o el mantenimiento de un contrato<sup>23</sup>, y su extinción. Como la tradicional clasificación de los derechos subjetivos entre reales y personales no es idónea

la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él (art. 1882 C.C.); si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios (art. 1983 C.C.); el mandante que no cumple por su parte aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo (art. 2185 C.C.).

22 SOLANGE MIRABAIL. *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, París, 1997, p. 175. RAYMOND BAILLOD. “Le droit de repentir”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, p. 241. IBRAHIM NAIJAR. *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibliothèque de droit privé, París, 1967, p. 100.

23 Cuando el derecho de retractación debe ejercerse antes de ejecutarse el contrato, como en el caso de las arras penitenciales, el titular del derecho debe escoger entre el cumplimiento del contrato y su extinción. Pero cuando el derecho de retractación se debe ejercer después de cumplido el objeto del contrato, como el pacto de retroventa, la escogencia es entre el mantenimiento del contrato o su extinción.

para explicar los casos en que el poder de un contratante recae, no sobre una persona ni sobre una cosa, sino sobre una situación jurídica, susceptible de ser modificada por su acción unilateral, la doctrina francesa ha recurrido a la teoría de los derechos potestativos.

Los derechos potestativos han sido definidos como “poderes por los cuales sus titulares pueden influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando nuevas por medio de una actividad propia unilateral”<sup>24</sup>. Cuando esos derechos son ejercidos, sus titulares modifican tanto su propia situación jurídica como la de las personas involucradas en esa situación, quienes nada pueden hacer para escapar a los efectos de ese ejercicio<sup>25</sup>.

El derecho de retractación<sup>26</sup> también puede ser explicado por la teoría general de las obligaciones. Para un sector de la doctrina clásica francesa, cuando ese derecho tiene su fuente en el contrato su fundamento se encuentra en la noción de condición, aunque se ha discutido si esta es suspensiva o resolutoria<sup>27</sup>. Al lado de la anterior tesis otros autores sostienen que la justificación de la facultad convencional de retractación se encuentra en la formación progresiva del consentimiento<sup>28</sup>. Para ellos, los contratos con una cláusula de retractación no se formarían durante el intercambio de consentimientos, sino cuando el derecho de retractarse no se hubiere ejercido durante el término pactado, o se hubiere renunciado a él<sup>29</sup>. En palabras de BAILLOD: “El ‘primer’ consentimiento pone en movimiento un proceso contractual que, salvo la interrupción resultante del ejercicio de la retractación, se va a consolidar y será definitivo por el solo transcurso del plazo de reflexión”<sup>30</sup>.

La tesis de la formación progresiva del consentimiento no tiene ningún fundamento, a mi modo de ver. Desde el momento en que se produce el acuerdo de voluntades, lo que BAILLOD impropiaamente llama “‘primer’ con-

sentimiento”, ya hay un contrato válidamente formado que produce efectos. No es que el consentimiento esté en proceso de formación, es que ya está formado. Es más, en algunos casos el contrato incluso ya se ha ejecutado. ¿Bajo qué lógica puede sostenerse que el consentimiento en un contrato de compraventa está en proceso de formación cuando el consumidor ya pagó el precio y el proveedor ya hizo entrega de la cosa?

La tesis de la formación progresiva del consentimiento podrá a lo sumo reflejar mejor la “realidad psicológica”<sup>31</sup> de las partes. No hay que hacerse muchas ilusiones mientras el plazo para retractarse esté pendiente. Pero desde el punto de vista jurídico la situación es clara: hay un contrato válidamente celebrado que ha generado derechos y obligaciones, pero que durante un plazo puede quedar sin efectos por la voluntad de una de las partes. La mencionada tesis desconoce además el tenor literal de las normas que autorizan un derecho de retractación, que parten de la base de un contrato formado. Si fuera cierto que el consentimiento aún no se ha formado, ¿qué sentido tendría hablar de retractación o de arrepentimiento?

En mi opinión, con independencia de que su fuente sea la ley o el contrato, el derecho de retractación puede ser explicado a través de la condición resolutoria potestativa<sup>32</sup>. El hecho futuro e incierto que extingue el contrato será la voluntad del titular del derecho de retractación. El artículo 1534 C.C. define la condición potestativa como “la que depende de la voluntad del deudor o del acreedor”. Por otra parte, el artículo 1535 *ibidem* señala que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”.

De la distinción entre las expresiones “mera voluntad” y “hecho voluntario”, mencionadas en el artículo 1535, se dedujo la existencia de dos clases de condición resolutoria potestativa: *la simplement potestativa*, “cuando consiste no solo en una manifestación de voluntad del interesado, sino en el cumplimiento de un acto, y *la meramente o puramente potestativa*, cuando consiste exclusivamente en una manifestación de voluntad del interesado (*conditio si voluero, si volueris*)”<sup>33</sup>.

24 NAJJAR. *Le droit d'option*, cit., p. 102.

25 MIRABAIL. *La rétractation en droit privé français*, cit., p. 179.

26 En Francia ese derecho se llama también de arrepentimiento (*droit de repentir*), sobre todo cuando tiene su origen en el contrato.

27 MIRABAIL. *La rétractation en droit privé français*, cit., p. 118.

28 JEAN MARC MOUSSERON. *Technique contractuelle*, 3ª ed., Francis Lefebvre, París, 2005, p. 134. RAYMOND BAILLOD. “Le droit de repentir”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, p. 236.

29 MOUSSERON ha expresado lo siguiente: “Podemos admitir que el consentimiento se forma progresivamente; esta formación comienza el día del acuerdo inicial y se prolonga hasta la expiración del plazo para el ejercicio de la cláusula de retractación”: *Technique contractuelle*, cit., p. 134.

30 BAILLOD. “Le droit de repentir”, cit., p. 236.

31 *Ibid.*, p. 236 y 237.

32 En contra, BAILLOD. *Le droit de repentir*, cit.; RICHARD MARTY. “L'intangibilité des clauses de dédit”, *RFC*, n.º 280, julio-agosto de 1996, *Chroniques*, p. 3.

33 G. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen general de las obligaciones*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1994, p. 226.

Tratándose del derecho de retractación la condición resolutoria será en algunos casos simplemente potestativa, mientras que en otros será meramente potestativa. Cuando al titular del derecho no le baste con manifestar su voluntad de retractarse sino que además deba cumplir con una carga, como cuando el consumidor debe “devolver el bien al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió”, estamos en presencia de una condición simplemente potestativa, que es válida, y encuentra su fundamento en el inciso 2° del artículo 1535 C.C.: “Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”<sup>34</sup>.

En los eventos en que al titular del derecho de retractación le basta tan solo con declarar su voluntad, como cuando el consumidor se retracta de un contrato de servicios, o cuando uno de los cónyuges revoca la donación hecha al otro, el fundamento de la retractación lo encontramos en la condición resolutoria meramente potestativa, es decir, la condición del tipo “si quiero” o “si me place”.

Parece existir cierta desconfianza respecto de la condición meramente potestativa<sup>35</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la ley la prohíbe únicamente cuando consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga, es decir, cuando el nacimiento de una obligación o de un contrato depende del querer del deudor o de una de las partes. La prohibición está justificada. Una estipulación del tipo “me obligo si quiero” no tendría ni eficacia ni sentido por falta de una voluntad seria. Lo anterior significa que la prohibición de las condiciones meramente potestativas aplica solo a las condiciones suspensivas, que cumplen su función durante la fase de formación de la obligación, y de ninguna manera atañe a las condiciones resolutorias, que afectan obligaciones que han nacido a la vida jurídica, donde la “mera voluntad” cumple su papel en la extinción de una obligación o de un contrato<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> MARTY descarta la aplicación de la noción de condición a la retractación porque su carácter puramente potestativo sería contrario al artículo 1174 C.C. francés: cfr. *L'intangibilité des clauses de dédit*, cit., p. 3.

<sup>36</sup> Entre “te vendo este caballo por tal suma, si me place” y “te vendo este caballo por tal suma, pero me reservo el derecho de retractarme dentro de diez días” hay una gran diferencia desde el punto de vista jurídico. El primer caso cae en la prohibición del citado artículo 1535 porque condiciona el nacimiento de la obligación al capricho del vendedor, quien no tiene intención de obligarse. En el segundo caso, y naturalmente en caso de ser aceptada la oferta, habrá un contrato que producirá efectos jurídicos, que serán plenos y definitivos si el vendedor no se retracta, o que

La condición resolutoria es un modo de extinción de las obligaciones (art. 1625, num. 9 C.C.) y nada se opone a que el hecho futuro e incierto consista en la mera voluntad de una de las partes, ya que ese es precisamente el supuesto de la condición resolutoria meramente potestativa. Cuando el legislador define la condición potestativa en el artículo 1534 C.C. no es para descartar de manera general ese tipo de condiciones, sino para prohibirlas en el específico caso en que la condición consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.

Aquello de que el evento condicionante debe ser siempre exterior a la voluntad de las partes, como ha sostenido BAILLOD<sup>37</sup>, no tiene fundamento ni en Colombia ni en Francia, ya que tanto aquí como allá se ha considerado, con fundamento en los respectivos códigos civiles —los cuales para el caso contienen disposiciones equivalentes—, que la condición resolutoria meramente potestativa es válida cuando concierne a la extinción de un contrato. En nuestro ordenamiento abundan las normas en las que un contrato pierde efectos por la voluntad de una de las partes<sup>38</sup>. Además, nuestra Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las cláusulas potestativas de terminación de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y de ejecución sucesiva<sup>39</sup>. Finalmente, para concluir este punto, un enfoque contemporáneo de la prohibición de las condiciones potestativas se enfoca menos en la exigencia de una voluntad seria de obligarse por parte del deudor, y más en la protección del acreedor. Este criterio permite comprender por qué la apreciación del carácter potestativo debe ser más flexible tratándose de contratos bilaterales, donde ninguna de las partes puede renunciar a su obligación sin renunciar a su derecho.

se extinguirán en caso contrario. En el primer supuesto no hay vínculo jurídico, en el segundo si lo hay, aunque incierto.

<sup>37</sup> Según BAILLOD, “[e]s erróneo desde el punto de vista técnico fundar el derecho de retracto en una condición. En presencia de un derecho de arrepentimiento, es en efecto la voluntad unilateral del titular de ese derecho la que juega un rol determinante, incluso exclusivo. Ahora bien, es generalmente aceptado que el hecho condicionante deba ser exterior a la voluntad de las partes”: *Le droit de repentir*, cit., p. 238.

<sup>38</sup> Sin mencionar los casos legales de retractación, a los que hago referencia en este mismo escrito más adelante, entre las normas que autorizan a poner fin a un contrato por la voluntad de uno de los contratantes encontramos los siguientes artículos del Código Civil: 2009, 2066, 2011, 2043, 2189 numerales 3 y 4, 2219, 2251 y 2458, y los siguientes del Código de Comercio: 977, 1071, 1174, 1197, 1240, 1261, 1279, 1283, 1381, 1389, 1406 y 1419.

<sup>39</sup> Sentencias de 23 de febrero de 1961 (G.J. XCIV, 549) y 3 de septiembre de 1941 (G.J. LII, 1977).

El fundamento propuesto sería válido tanto si se trata de un derecho de retractación convencional como si es legal, ya que la situación es la misma. La única razón para descartar la noción de condición resolutoria en los casos de retractación legal sería la consideración de que las condiciones deben ser siempre pactadas, y que no pueden existir condiciones legales, lo cual es discutible. Si bien es cierto que el régimen de las obligaciones condicionales está estructurado sobre la base de un pacto, y que en la práctica ocurre que las obligaciones condicionales son las que voluntariamente han convenido los interesados, nada se opone a que el legislador en su autonomía y potestad establezca condiciones resolutorias para regular algunos casos de terminación de los contratos. Ni de la definición de obligación condicional ni de ninguna de las normas que regulan esa clase de obligaciones se puede deducir que el origen de la condición deba ser estrictamente convencional o que no pueda haber condiciones legales. El legislador goza de plena autonomía para establecer condiciones, de la misma manera como puede imponer o presumir plazos<sup>40</sup>.

En su tesis doctoral *Essai sur la condition en droit des contrats*, MATHIAS LATINA<sup>41</sup> acepta la existencia de condiciones legales: "El legislador puede subordinar cada etapa de la vida de un contrato a un evento que él escoja (...). La condición es un vínculo artificial establecido por la ley o por la voluntad de las partes entre la eficacia específica de una convención y un evento cuya naturaleza está estrictamente ligada a la función que ella cumple".

Ahora bien, y para evitar malentendidos, cuando hablo de condición legal me refiero a la que pueda establecer el legislador de acuerdo al sentido en que es definida en el artículo 1530 C.C. De ninguna manera me estoy refiriendo ni a las denominadas condiciones de existencia ni a los presupuestos de validez de los contratos, que no pueden ser erigidos en hechos futuros e inciertos, toda vez que la condición como modalidad de la obligación solo se concibe en convenciones que han respetado las normas que determinan su eficacia. Tampoco son condiciones las normas imperativas que decretan la extinción de los contratos en ciertos eventos.

<sup>40</sup> Si dentro de la clasificación del plazo se incluye la categoría de *plazo legal*, y cierto es que el legislador de manera supletiva a veces fija plazos en los contratos (arts. 1860 y 2225 C.C., y 5° de la Ley 820 de 2003), ¿por qué debería ser de otro modo tratándose de condiciones, que al igual que el plazo son modalidades de la obligación?

<sup>41</sup> MATHIAS LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, París, 2009, p. 125.

### III. LAS FUENTES DEL DERECHO DE RETRACTACIÓN

El derecho de retractarse puede tener su fuente en la ley o en el contrato.

#### A. LA LEY

Al igual que en los demás actos unilaterales extintivos, las facultades de retractación han sido reguladas en normas especiales, de interpretación restrictiva, que son respuesta a problemas o situaciones específicas. La elaboración de esas normas ha sido pura casuística ya que la intención del legislador nunca ha sido hacer de la retractación una prerrogativa que se extienda más allá de lo razonable.

Sin pretender hacer un inventario exhaustivo ni un análisis detallado, a continuación hago referencia a algunos casos.

#### I. EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR (LEY 1480 DE 2011)

La retractación en dicho Estatuto tiene por finalidad general proteger el consentimiento del consumidor<sup>42</sup>, que se estima vulnerable en las particulares situaciones allí previstas. Sin perjuicio de las excepciones mencionadas en el artículo 47, la ley entiende pactado un derecho de retractación en los contratos sobre bienes y servicios adquiridos mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, en las ventas de tiempo compartido, en las ventas que utilizan métodos no tradicionales y en las ventas a distancia. El criterio para establecer los mencionados casos no ha sido la naturaleza de los contratos sino las circunstancias en que los mismos se han celebrado.

a) *Bienes y servicios financiados por el productor o proveedor*. Durante las últimas décadas se ha generalizado el crédito al consumo bajo la fórmula "disfrute ahora, pague después". Cada vez más las personas tienen la necesidad, real o no, de adquirir bienes o servicios a crédito. El uso excesivo del

<sup>42</sup> "Consumidor o usuario es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica, y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario" (art. 5°, num. 3 de la Ley 1480 de 2011).

crédito al consumo ha dado lugar a lo que bien podría considerarse como una especie de moderno vicio del consentimiento: la seducción. La tentación de poder gastar sin tener disponibilidad inmediata puede afectar sutilmente la voluntad del consumidor. El legislador, consciente de esa situación, protege al consumidor de sus propios actos impulsivos, permitiéndole desvincularse de un contrato dentro de un breve lapso. Como bien ha descrito un autor: "El crédito engendra pues la tentación. Esta nueva forma de provocación, agravada por el bombardeo publicitario, científicamente orquestado, a que es sometido el consumidor, pesa mucho sobre la voluntad de este. Puede conducir a obligarse irreflexivamente puesto que no tiene necesidad como antaño de ahorrar para comprar"<sup>43</sup>.

Si bien nada se opone a que en el futuro el legislador permita el derecho de retracto para adquisiciones de productos o servicios con independencia de la forma o el medio de pago, como ocurre en otros países, el hecho de que actualmente se limite el derecho a quienes hubieren adquirido mediante sistemas de financiación otorgado por el productor o proveedor no constituye en mi opinión una discriminación odiosa respecto de quienes han pagado de contado. Normalmente la situación de quien paga de contado es distinta de la de aquella persona que adquiere a crédito, que ve comprometida su capacidad económica futura. Cuestión distinta es la insuficiencia de la protección, teniendo en cuenta que la mayoría de las veces la financiación de la compra o del servicio la hace un tercero, caso en el cual no tiene cabida el derecho de retractación.

b) *Tiempo compartido (timesharing)*. El artículo 2° del Decreto 1076 de 1997 define el tiempo compartido turístico como "el sistema mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, de una unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año (...) o la modalidad denominada sistema de puntos para la utilización de períodos vacacionales de tiempo compartido y cualquiera otra clase de oferta para fines turísticos que tenga esa misma naturaleza"<sup>44</sup>.

El derecho de retractación en los tiempos compartidos encuentra su explicación en los agresivos y hasta engañosos métodos de comercialización

<sup>43</sup> BAILLOD. *Le droit de repentir*, cit., p. 228.

<sup>44</sup> Una definición del tiempo compartido turístico también la encontramos en el artículo 95 de la Ley 300 de 1996.

que emplean los profesionales para obtener el consentimiento del consumidor. Es común en este tipo de contratos la sensación de arrepentimiento o decepción del consumidor por haberse obligado impulsivamente, sin la suficiente información sobre el negocio, presionado por un hábil vendedor cuya consigna es vender a como dé lugar.

Antes de la entrada en vigencia del Estatuto del Consumidor, el Decreto 1076 de 1997, modificado por el Decreto 774 de 2010, regulaba todo lo relacionado con los tiempos compartidos turísticos. Sin embargo, esa normatividad debe ceder en todo lo que sea incompatible con la Ley 1480 de 2011, que prevalece no solo por ser una norma posterior y de mayor jerarquía, sino por referirse de manera general a la venta de tiempos compartidos<sup>45</sup>. Dicha ley tiene la ventaja de que le permite al consumidor retractarse del contrato sin que se le pueda efectuar deducción o retención alguna. En el Decreto 1076 se autorizaba al promotor o comercializador a descontar por concepto de gastos hasta un 5% del valor recibido como cuota inicial. Pero tiene como desventaja para el consumidor que el término para retractarse será de cinco días hábiles y no de treinta días calendario, que era el plazo establecido anteriormente.

c) *Ventas no convencionales*. Según el numeral 11 del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011, son aquellas "que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio"<sup>46</sup>. En esta clase de ventas los vendedores van donde los clientes para proponerles bienes o servicios, los abordan intempestivamente o los llevan a escenarios donde su capacidad de discernimiento puede verse afectada.

<sup>45</sup> En contra, ALEJANDRO GIRALDO, CARLOS CAYCEDO y RAMÓN MADRIÑÁN, para quienes el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 aplica a "tiempos compartidos diferentes de los turísticos", ya que estos últimos tienen un régimen especial, el previsto en el Decreto 1076 de 1997: cfr. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, Bogotá, 2012, p. 131. Esta posición es incorrecta en mi opinión, no solo porque, como dije arriba, la Ley 1480 de 2011 es una norma posterior y de mayor jerarquía que el Decreto 1076, sino porque no es permitido hacer distinciones respecto de los tiempos compartidos cuando el legislador se ha referido a ellos de manera general. Distinción además artificial, si se tiene en cuenta que la supuesta categoría de "tiempos compartidos diferentes del turístico" no tiene sustento.

<sup>46</sup> "Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento" (art. 5°, num. 15 de la Ley 1480 de 2011).

El legislador ha tenido en cuenta los métodos comerciales empleados y las circunstancias particulares en que se ha celebrado la venta para presumir que el consentimiento del consumidor puede resultar viciado. Dentro de esta clase de ventas, caracterizadas por la presión, la venta a domicilio es la que más puede amenazar la libertad del consumidor, quien por lo general no solo tendrá a la vista un único producto, lo que le impedirá comparar con otros, como es posible hacer en canales convencionales, sino que con frecuencia se enfrentará a un vendedor insistente y persuasivo, dispuesto no pocas veces a decir cualquier cosa con tal de vender.

No está de más agregar que cuando el término para ejercer el derecho de retractación hubiere expirado, en los casos en que el consumidor hubiere sido víctima de una maniobra fraudulenta por parte del vendedor, siempre podrá recurrir a los remedios del derecho común, si bien la prueba del dolo es difícil de acreditar.

d) *Ventas a distancia*. Las define el numeral 16 del artículo 5° de la Ley 1480 de 2011 como “las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico”. En esta clase de ventas, cuyos escenarios de promoción más comunes son las televentas, los catálogos o Internet, el derecho de retractarse encuentra su justificación en el hecho de que el consumidor no tiene contacto físico con el producto. La decisión de compra se basa o en una foto o en un video, sin que se tenga certeza de lo que se está comprando.

## 2. EN OTRAS NORMAS

a) *Donaciones entre cónyuges*. Por regla general, las donaciones entre vivos, denominadas contractuales, son irrevocables, mientras que las donaciones por causa de muerte se rigen por las disposiciones testamentarias y son revocables. Sin embargo, el legislador quiso que las donaciones entre cónyuges fueran siempre revocables<sup>47</sup>. Como el amor, además de ser ciego, puede afectar el consentimiento, siendo variadas las razones para ello, el cónyuge que haya donado algo al otro puede en cualquier momento arrepentirse de su generosidad y revocar su acto gratuito.

<sup>47</sup> Además se aseguró de dejarlo bien claro, ya que la idea de donación revocable entre cónyuges quedó consignada en tres artículos del Código Civil: 1056, 1195 y 1196.

b) *Contrato de transporte*. El artículo 1002 C.Co. autoriza al pasajero a “desistir del transporte contratado con derecho a la devolución total o parcial del pasaje, dando previo aviso al transportador”. De la misma manera, el artículo 1620 ibídem, sobre el transporte de cosas por mar, autoriza al cargador a desistir del contrato pagando al transportador la mitad del flete convenido, los gastos de cargue y descargue y la contraestadía. En estos dos casos particulares *desistir* equivale a retractarse, es decir, a arrepentirse del consentimiento manifestado en la celebración del contrato. En lugar de cumplir el contrato, que fue a lo que se obligaron el pasajero y el cargador con el transportador, optan por dejarlo sin efectos, como si nunca hubiese existido.

c) *Contrato de donación de componentes anatómicos*. Aunque la donación de componentes anatómicos<sup>48</sup> es un contrato de contenido extrapatrimonial, vale la pena tenerlo en cuenta como un caso de retractación contractual. De acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 17 del Decreto 2493 de 2004, el donante podrá revocar en cualquier tiempo, en forma total o parcial, antes de la ablación, la donación de órganos o componentes anatómicos.

d) *Contrato de obra*. El contrato de obra es aquel por virtud del cual una persona se obliga con otra a realizar una obra material o artística a cambio de una remuneración, sin que exista de por medio una relación de subordinación o de dependencia. Desde el punto de vista de su duración, el contrato de obra no es ni de ejecución instantánea ni de ejecución sucesiva, sino que corresponde a la categoría de los denominados contratos de ejecución prolongada<sup>49</sup>. En esta clase de contratos existe un lapso entre la formación del contrato y la ejecución de al menos una de las prestaciones esenciales. Pero ese espacio de tiempo no satisface ninguna necesidad de las partes sino que es necesario para poder cumplir con la prestación. Solo el resultado final satisface al acreedor<sup>50</sup>.

La ruptura anticipada en este tipo de contratos en virtud de una facultad legal adopta la forma de una retractación. En el caso de la obra: “el que encargó la obra, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra”. Lo peculiar de la norma es que autoriza retractarse a quien encargó la

<sup>48</sup> Son los órganos, tejidos, células y, en general, todas las partes vivas que constituyen el organismo humano (art. 2° del Decreto 2493 de 2004).

<sup>49</sup> MICHÈLE KLEIN *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1999, p. 69.

<sup>50</sup> RANFER MOLINA MORALES. “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, *Revista de Derecho Privado* n.º 10, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 136.

obra, lo que bajo otra perspectiva bien podría considerarse como un incumplimiento del contrato. Lo que hace que el caso analizado sea de retractación y no de una simple estimación anticipada de perjuicios por incumplimiento, lo determina el derecho conferido a la parte contratante de la obra. Su decisión de hacer cesar la obra es ajustada a derecho. Si el contratista por su propia iniciativa optare por no ejecutar la obra, estaría incumpliendo el contrato.

e) *Contrato de seguro*. En algunos contratos de ejecución sucesiva la ley prevé un derecho de revocación que puede ser ejercido en cualquier momento de la vida del contrato desde el momento de la celebración. Cuando la revocación se hace durante la ejecución del contrato adopta el nombre de terminación *ad nutum*, cuyos efectos, por regla general, son hacia el futuro. Ahora bien, cuando esa revocación se hace antes de comenzar la ejecución del contrato, la revocación adopta la forma de una retractación. En el caso del seguro, habrá retractación cuando la revocación del contrato ocurra antes de haber comenzado la cobertura del riesgo.

f) *Contrato de edición*. "Por este contrato el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica, se obliga a entregarla a un editor, que se compromete a publicarla mediante su impresión gráfica o propagarla y distribuirla por su cuenta y riesgo" (art. 105 de la Ley 23 de 1982). Del literal e) del artículo 30 *ibidem*, que confiere al autor de una obra el derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable para "retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada", se deduce el derecho del autor de extinguir del contrato de edición, que, al igual que el contrato de seguro, adoptará la forma de una retractación o de una terminación *ad nutum*, dependiendo del estado de la ejecución. Ahora bien, el derecho consagrado en esa norma no es gratuito, y el autor deberá indemnizar los perjuicios al editor.

## B. EL CONTRATO

Cuando el derecho de retractación no está previsto en la ley requiere de un pacto expreso. La facultad de retractarse nunca se presume, y por el hecho de conferirse el derecho a una de las partes no se entiende conferido a la otra<sup>51</sup>.

51 PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNES y PHILIPPE STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, 2ª ed., Defrenois, París, 2005, p. 454.

La ley regula dos casos de retractación convencional: las arras penitenciales o de retractación y el pacto de retroventa.

a) *Las arras de retractación*. La típica facultad de retractarse la constituyen esta clase de arras. Las arras es la cosa que se da como contraprestación por el derecho de retractarse de la celebración o de la ejecución de un contrato<sup>52</sup>. En el Código Civil están reguladas en los artículos 1859 a 1861 en el contrato de compraventa. Sin embargo, es unánimemente aceptado que aplican para cualquier otro contrato<sup>53</sup>. En el Código de Comercio están consagradas en el artículo 866, en el título 1 de las obligaciones en general. Por virtud del pacto de arras cualquiera de las partes puede retractarse de la celebración o ejecución de un contrato: el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas.

b) *El pacto de retroventa*. Es aquel en el cual "el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra" (art. 1939 C.C.). Conocida como una facultad de retractación convencional, el pacto de retroventa es una condición simplemente potestativa, toda vez que el querer del vendedor va acompañado de la carga de pagar el precio de la cosa vendida<sup>54</sup>. El pacto de retroventa puede utilizarse para obtener fondos por la venta de un bien, con la esperanza de recuperarlo posteriormente. Es útil para garantizar operaciones de financiación porque deja al comprador-acreedor en una cómoda posición: si el vendedor-deudor ejerce el derecho de retroventa el crédito de aquel se habrá saldado; y si no se ejerce el derecho, entonces será el propietario de un bien que con seguridad compró a buen precio. En materia de sociedades la figura es igualmente provechosa, toda vez que le permite a un accionista transferir su participación en la sociedad por razones de conveniencia, por ejemplo, ocupar cierto cargo público, para readquirirlas posteriormente, después de superada la inhabilidad o las razones que motivaron la cesión.

Como he indicado anteriormente, las arras de retracto pueden pactarse en todo tipo de contratos. Téngase en cuenta, sin embargo, que las arras

52 Salvo que se deje establecido que se dan como parte del precio o como señal de quedar convenidos, en cuyo caso las arras serán confirmatorias (art. 1861 C.C.).

53 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Derecho Civil de los contratos*, Ediar-Cono Sur, Santiago, 1988, p. 103.

54 No es una condición mixta, como ha dicho GÓMEZ ESTRADA, ya que para el ejercicio del derecho nacido de la retroventa no intervienen ni un tercero ni un acaso.

necesariamente implican la entrega de una cosa: "Si se vende con arras, esto es, *dando una cosa...*" (art. 1859 C.C.). Sin la entrega de una cosa no podría hablarse de arras, dado el carácter real de estas<sup>55</sup>.

Vale la pena preguntarse: ¿es posible, con fundamento en la libertad contractual, pactar el derecho de retractarse de la celebración o ejecución de un contrato sin acudir al pacto de arras, o incluso, sin una contraprestación de por medio? Dicho en forma más simple, ¿es válida una retractación convencional gratuita?

En mi opinión es posible. Del hecho de que exista una regulación específica para el pacto de arras no puede inferirse que toda facultad de retractación convencional deba necesariamente tener su fuente en dicho pacto, o que por fuera del mismo no se pueda libremente convenir una tal facultad a favor de uno o de ambos contratantes. La noción de retractación es mucho más amplia, y las arras son tan solo una de sus varias modalidades. Si las arras han sido tenidas en cuenta por el legislador ha sido por su arraigo histórico y por su frecuente utilización, principalmente en las promesas de compraventa de bienes inmuebles. Pero nada se opone a que en ejercicio de la autonomía negocial gratuitamente se confiera a ambas partes o a una sola la posibilidad de arrepentirse de la celebración o ejecución de un contrato.

En Francia, la Corte de Casación ha aceptado la validez de una facultad de retractación a título gratuito<sup>56</sup>, si bien hay quienes se han opuesto a ellas con el argumento de la prohibición de las cláusulas puramente potestativas<sup>57</sup>, al cual ya nos hemos referido.

#### IV. RÉGIMEN DE LA RETRACTACIÓN

##### A. CONDICIONES DE EJERCICIO

Existen ciertas condiciones para el ejercicio del derecho de retractación con respecto a su titular, el plazo, la forma y, excepcionalmente, con el cumpli-

55 En sentencia de 30 de julio de 1941, citada por JORGE OVIEDO ALBÁN en *El pacto de arras en los contratos de derecho privado*, la Corte Suprema de Justicia señaló que el pacto de arras es de carácter real.

56 JEAN MARC MOUSSERON. *Technique contractuelle*, 3ª ed., Francis Lefebvre, París, 2005, p. 134.

57 MIRABAIL. *La rétractation en droit privé français*, cit., p. 122.

miento de una carga. Del cumplimiento de esas condiciones depende la validez del acto.

##### 1. EL TITULAR DEL DERECHO

El derecho de retractación no existe sino en la medida en que la ley o el contrato lo establezcan de manera expresa. Por obvias razones ninguna de las partes se puede atribuir unilateralmente tal derecho sin desconocer la fuerza obligatoria del contrato. Es más, ni siquiera sería posible conferir a otra persona de manera unilateral una facultad de retracto, si esta no lo acepta<sup>58</sup>.

De otra parte, como negocio jurídico que es, la retractación debe ser el resultado del consentimiento libre de una persona capaz, y tener una causa y un objeto lícitos.

##### 2. PLAZO PARA RETRACTARSE

El plazo para ejercer el derecho de retractación dependerá en cada caso de lo dispuesto en la ley o en el contrato. En algunos casos el plazo será determinado, cuando se sabe exactamente cuándo llegará, como tal día, o a los tantos días contados desde tal fecha. En otros casos será indeterminado, si se sabe que ha de llegar pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona (art. 1139 C.C.).

Como ejemplo de plazos determinados encontramos el denominado derecho de retracto del consumidor, que cuando se han adquirido bienes se puede ejercer en cualquier momento desde la celebración del contrato hasta antes del vencimiento del quinto día hábil siguiente a la entrega del producto. Tratándose de prestación de servicios el plazo es también de cinco días hábiles pero contados desde la fecha de la celebración del respectivo contrato (art. 47 de la Ley 1480 de 2011). El derecho nacido del pacto de retroventa se deberá ejercer en un plazo máximo de cuatro años contado desde la fecha del contrato, salvo que las partes hubieren acordado un término menor (art. 1943 C.C.).

Como ejemplos de plazos indeterminados encontramos el derecho de uno de los cónyuges a revocar la donación hecha al otro. La propiedad de

58 *Ibid.*, p. 233.

la cosa donada solo se consolida a la muerte del donante (art. 1203 C.C.). Igualmente indeterminado es el plazo que tiene para retractarse el donante de un componente anatómico, quien puede revocar su consentimiento en cualquier tiempo, antes de la ablación (art. 17 del Decreto 2493 de 2004).

En el caso de las arras de retractación el plazo para ejercer el derecho será el convenido por las partes, y a falta de estipulación, dos meses después de la convención. El derecho caduca igualmente, no obstante el plazo, si se hubiere firmado la escritura pública o si hubiere principiado la entrega (art. 1860 C.C.).

Se ha discutido acerca de cuál sería el plazo para retractarse en los negocios comerciales con arras cuando las partes no lo hubieren señalado. Algunos autores consideran que al haber guardado silencio dicho estatuto los únicos límites serían la celebración del contrato prometido o la ejecución misma de la prestación objeto del contrato<sup>59</sup>. Comparto la opinión de quienes sostienen que el plazo debe ser el mismo del Código Civil, por la remisión que hace el artículo 822 C.Co. a la ley civil<sup>60</sup>.

¿Cuál sería el plazo para retractarse cuando se ha convenido tal facultad por fuera del pacto de arras, es decir, cuando se pacta una contraprestación diferente de entregar una cosa, o cuando el ejercicio del derecho de retractarse es a título gratuito? Se deben observar los mismos límites establecidos para las arras. Si la voluntad del legislador, plasmada en normas imperativas tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, ha sido la considerar inconveniente la retractación después de celebrado el contrato prometido o de ejecutada la prestación objeto del mismo, no habría justificación ni jurídica ni práctica para sostener otra opinión respecto de una situación casi idéntica. Si la norma es restrictiva cuando hay arras, que de alguna manera le permiten a la víctima de la retractación resarcirse por la frustración del contrato, con mayor razón deben existir los límites cuando no ha habido ninguna contraprestación. Es cierto que existen algunos casos particulares en los que se permite la retractación después de ejecutado un contrato,

como en el pacto de retroventa o en la venta de bienes bajo el Estatuto del Consumidor. Sin embargo, esas normas son especiales y responden a una necesidad particular que el legislador quiso regular, razón por la cual de ellas no se puede deducir una regla de aplicación general.

### 3. LA FORMA

De manera general, la retractación se hace efectiva por la sola manifestación de voluntad del titular del derecho, esto es, sin que se deba acudir a un juez para que declare o autorice la extinción del contrato, y sin necesidad de que esa manifestación de voluntad sea aceptada por la otra parte. Así, por ejemplo, el consumidor que se arrepiente de la celebración de un contrato de prestación de servicios (de aquellos en los que se puede ejercer el derecho) tan solo deberá comunicar su decisión al proveedor del servicio. Si la parte que entregó las arras se arrepiente del contrato lo único que debe hacer es manifestar su decisión a la parte que las recibió.

Cuando la ley o el contrato imponen una determinada formalidad esta debe observarse, so pena de ineficacia del acto de retractación. La regla general es la libertad de formas para no entorpecer la voluntad del titular del derecho. Excepcionalmente se exige el cumplimiento de una formalidad<sup>61</sup>. En ejercicio de su autonomía las partes son libres de convenir las formas que estimen pertinentes para el ejercicio del derecho, pero aclarando que esas formas convencionales tendrán su aplicación principal en los casos en que el derecho de retractarse tenga su fuente en la autonomía privada. Porque cuando la retractación tiene su fuente en una norma, y la parte a quien se ha conferido el derecho se encuentra en una particular situación de desventaja o de inferioridad, como por ejemplo en las relaciones de consumo, la ausencia de formalidades tiene por finalidad especial proteger a esa parte, permitiéndole que su voluntad se exteriorice sin trabas. Por ello, no sería válida la cláusula que impone al consumidor observar una determinada formalidad para retractarse de la compra de un electrodoméstico financiado

59 JAIME ARRUBLA PAUCAR. *Contratos mercantiles, Teoría general del negocio jurídico*, 13ª ed., Legis, Bogotá, 2012, p. 142. JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2003, p. 43.

60 JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles*, 12ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997, p. 59. JORGE OVIEDO ALBÁN. *El pacto de arras en los contratos de derecho privado. Via inveniendi et iudicandi*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010, p. 15. MARIO BAENA UPEGUI. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, 3ª ed., Legis, Bogotá, 2000, p. 193.

61 El artículo 17 del Decreto 2493 de 2004 autoriza al donante de un componente anatómico a revocar su consentimiento observando la misma formalidad que utilizó para expresar su voluntad inicial, es decir, mediante: "1. Instrumento notarial; 2. Documento privado o 3. Carné único nacional de donación de componentes anatómicos".

por el proveedor, como podría ser, por ejemplo, el diligenciamiento de un formato o una carta explicando las razones de su determinación.

Entonces, cuando ni la ley ni el contrato exigen el cumplimiento de alguna formalidad, la decisión de retractarse podrá ser puesta en conocimiento por cualquier medio eficaz: una carta, recomendada o no, una llamada telefónica, un correo electrónico, un mensaje de texto o de voz, verbalmente entre presentes, etc. Aunque siempre será mejor una comunicación con acuse de recibo, para evitar problemas probatorios, la retractación puede incluso ser tácita, es decir, el resultado de ciertos actos o de una conducta inequívoca. Así, por ejemplo, la inasistencia a la firma de un contrato definitivo podría configurar el ejercicio del derecho de retractación previsto en un contrato preparatorio. De la misma manera, el envío de los bienes del consumidor al proveedor puede equivaler a retractación. El hecho de que la retractación sea un acto recepticio, es decir, que para su eficacia deba ser puesto en conocimiento de su destinatario, no excluye la posibilidad de que sea tácita<sup>62</sup>.

#### 4. EL CUMPLIMIENTO DE UNA CARGA

Algunas veces al titular del derecho de retractación no le bastará con declarar su voluntad, sino que además deberá cumplir con una carga para ejercer el derecho<sup>63</sup>. Así, por ejemplo, para ejercer el derecho nacido del pacto de retroventa, que equivale a retractarse del contrato de compraventa, el vendedor deberá dar noticia anticipada al comprador (art. 1943 C.C.) y reembolsarle la cantidad estipulada o lo que le haya costado la compra (art. 1939 C.C.). Comparto la opinión de GÓMEZ ESTRADA, quien sostiene que “el vendedor hace efectivo lo estipulado en el pacto de retroventa, desde el momento en que reembolsa al comprador el precio de la venta, o la suma especialmente estipulada en el pacto. Verificado ese reembolso, en el mismo momento se entiende cumplida la condición resolutoria que afectaba el contrato, y surtidos los efectos retroactivos consiguientes”<sup>64</sup>. En el mismo sentido opina ALESSANDRI RODRÍGUEZ: “este reembolso debe hacerse en el

momento mismo de ejercitar el pacto de retroventa, según lo da a entender el artículo 1881<sup>[65]</sup> con el empleo del gerundio ‘reembolsando’, que indica una acción simultánea”<sup>66</sup>.

De la misma manera, tratándose de ventas de bienes a la luz del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, el consumidor está obligado a cumplir con una carga para ejercer el derecho de retracto: “devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió”. La norma no puede interpretarse en el sentido de que al consumidor le basta con manifestar que ejerce el derecho antes de que expire el plazo, para posteriormente y cuando lo estime conveniente devolver el producto. La devolución del bien al productor o proveedor no es efecto sino presupuesto de la retractación.

#### B. EFECTOS

Ejercido el derecho de retractación en las condiciones descritas, la principal consecuencia es la extinción del vínculo jurídico y de las obligaciones resultantes de él. Los efectos serán similares a los de la condición resolutoria, esto es, el contrato se resolverá retroactivamente, reputándose no haber existido jamás. El punto de referencia es la situación en la que se encontraban las partes al momento de la celebración del contrato. Como consecuencia de lo anterior, las partes deberán hacer las restituciones a que haya lugar, y en general prestar toda su colaboración para hacer valer los efectos de la retractación. La naturaleza de cada contrato en particular definirá las actuaciones a seguir.

En el caso de los bienes y servicios a los que aplica el derecho de retracto de acuerdo con el Estatuto del Consumidor, el único efecto de la retractación es el siguiente: “el proveedor deberá devolver en dinero al consumidor todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso la devolución del dinero al consumidor no podrá exceder de treinta días calendario desde el momento en que ejerció el derecho”. Por lo anterior, es incorrecta la posición de algunos comentaristas de dicho estatuto, que establecen como efecto de la retractación la devolución del bien al proveedor —cuando en realidad, como expresamos anteriormente,

62 SOLANGE MIRABAIL. *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, París, 1997, p. 237.

63 Mientras que en la obligación el acreedor espera el cumplimiento de una prestación a cargo del deudor, y en caso de renuncia de este último aquel dispone de los medios para hacerla valer, la inobservancia de la carga en principio afecta solo a quien debe cumplirla.

64 CÉSAR GÓMEZ ESTRADA. *De los principales contratos civiles*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1996, p. 120.

65 Art. 1939 C.C. col.

66 ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Derecho Civil de los contratos*, cit., p. 136.

la devolución del bien es presupuesto para el ejercicio del derecho—: “Los efectos del ejercicio del derecho de retracto son la resolución del contrato y la consecuente devolución de las cosas a su estado original. Por lo tanto, *el consumidor deberá hacer la devolución del bien recibido* y el proveedor deberá restituir las sumas pagadas a él”<sup>67</sup> (resaltado mío).

Tratándose del pacto de retroventa, el comprador deberá restituir la cosa vendida al vendedor (el pago del precio es requisito para ejercer el derecho) con sus accesorios naturales (art. 1941 C.C.), y eventualmente deberá indemnizar al vendedor de los deterioros de la cosa (art. 1941 C.C.). Por su parte, el vendedor deberá pagar las expensas necesarias sobre la cosa (art. 1941 C.C.).

En los contratos con arras, si la parte que las recibió se retracta, deberá restituirlas dobladas (arts. 1859 C.C. y 866 C.Co.), así como cualquier otra suma que hubiere recibido con ocasión del contrato. Si quien se retracta es la parte que entregó las arras, estas se perderán pero dicha parte tendrá derecho a recobrar lo que hubiere entregado además de las arras.

En caso de que ocurrida la retractación alguna de las partes se muestre renuente a acomodar su conducta a la nueva situación, será necesario acudir al juez para que intervenga y ordene ejecutar las prestaciones a que hubiere lugar. Igualmente podrá acudir al juez la parte que padeció la retractación, en caso de abuso o ilegalidad por parte de quien ejerció el derecho<sup>68</sup>.

NOEMÍ LIDIA NICOLAU\*

*La suspensión del cumplimiento del contrato, excepción a su fuerza obligatoria e instrumento de prevención*

67 GIRALDO, CAYCEDO y MADRIÑAN, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, Bogotá, 2012, p. 132.

68 MATTEO DELLACASA, “La retractación arbitraria, entre principios y remedios”, trad. de Pablo Moreno Cruz, *Revista de Derecho Privado* n.º 22, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2012, Bogotá.