

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SERVICIOS FUNERARIOS DE DESTINO FINAL.

Alba Adielia Valencia Quintero. *

El propósito de este artículo es estudiar los elementos del contrato de servicios funerarios de destino final para comprender su naturaleza jurídica y de este modo evidenciar su marco regulatorio en la legislación nacional. Por esto, se realiza una revisión de las principales características de los contratos atípicos en la doctrina y la jurisprudencia que permitan la caracterización, clasificación y encuadre del precitado contrato en el ordenamiento jurídico. Para finalizar se concluye que este tipo de contratación ofrece a las partes formas mucho más flexibles y adaptables al objeto del contrato y por consiguiente constituye quizás la forma más idónea para el cumplimiento del propósito de empresarios o comerciantes. Por otro lado, se considera que esta flexibilidad y aparente irregularidad pueden conllevar a un abuso del derecho.

PALABRAS CLAVE: Abuso del derecho, Contratos atípicos, Contratos atípicos mercantiles

SUMARIO:

1 INTRODUCCIÓN. 2. CONTRATOS ATÍPICOS. 3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS FUNERARIOS. 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL

* Abogada Universidad Católica Luis Amigó. Coordinadora de la colección patrimonial y bibliográfica del Cementerio San Pedro. valencia.aa@gmail.com. artículo presentado para optar el título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

CONTRATO DE SERVICIOS FUNERARIOS. 5. CONCLUSIÓN. 6.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUCCIÓN

Los contratos atípicos son, en palabras de Salcedo Flórez (2013), “aquellos que aún no han sido regulados y que no por ello van a dejar de responder a las necesidades que justifican su irrupción en la vida jurídica de un país” (p. 252). En tal sentido, este tipo de contrato si bien no es algo nuevo si ha tenido una amplia utilización como consecuencia de la diversificación de los mercados y de la amplia oferta y demanda de productos y servicios del mundo actual.

Este tipo contractual ha sido caracterizado y clasificado por los doctrinantes atendiendo a sus diversas formas, de las cuales en el presente artículo sólo se abordarán dos. Así: a) Contrato atípico puro, es el que difiere en su totalidad de las formas o tipos legalmente establecidos y b) Contratos mixtos o complejos: constituyen una mezcla de los elementos de varios contratos típicos, se dice que son los más comunes en la práctica. Estos dos criterios de clasificación serán la base para analizar, clasificar y caracterizar el contrato de servicios funerarios.

Como ya se había enunciado, el mundo actual presenta una amplia gama de mercados, algunos más estudiados que otros, dentro de éstos existe uno que toca todas las esferas de la sociedad, pero quizás el menos abordado desde el ámbito del derecho, y es la prestación de servicios funerarios, o pompas fúnebres-Es desarrollado comúnmente por las empresas funerarias que ofrecen planes preexequiales y los cementerios que prestan los servicios denominados de destino final (inhumación, cremación, exhumación y cesión de derechos de uso de cenizarios, bóvedas y osarios) Este último, el de los cementerios, se

abordará en el presente trabajo con el fin estudiar y caracterizar la forma contractual utilizada para la prestación de sus servicios. Con esta caracterización también se pretende definir si el acto que se celebra mediante la suscripción de este contrato es civil o mercantil y si la naturaleza de la persona o tipo societario que lo ejerza conlleva a que se clasifique en una u otra.

Si bien en la legislación colombiana los servicios de pompas fúnebres no se encuentran en la lista de actos mercantiles que considera el artículo 20 de Código de Comercio, cabe analizarlo, desde los criterios de lucro, de orden práctico y de materia, para establecer su naturaleza. En este sentido, es posible que el criterio de lucro no se ajuste a los actos ejercidos por las organizaciones que hacen parte de las ESAL, (Entidades Sin Ánimo de Lucro) aunque en la práctica estas entidades más allá del tipo societario pertenezcan a las ESAL sin ánimo de lucro. Su actividad económica como tal buscará un “lucro”, de no ser así, se encontrará en un estado de iliquidez y, por tanto, imposibilitada para cumplir su objeto social. Arce resalta que:

La mercantilidad de un acto jurídico o de un contrato estará, muchas veces, en función de la existencia de: un sujeto empresario o comerciante, del objeto-cosa que sea de naturaleza mercantil (industria, buque, título de crédito, marca), o del fin de lucro o especulación que anima a la operación. (Arce, 2010, p. 38.)

Mirado de esta forma, se podría establecer que cuando el acto jurídico es ejecutado por una Entidad Sin Ánimo de Lucro, dicha actividad pasará de ser mercantil a civil. Sería conveniente para efectos de acomodarlo en una u otra disciplina, aclarar esta cuestión.

A fin de responder las cuestiones anteriormente planteadas, se realizará una revisión y análisis de los temas mencionados en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación nacional. De igual forma, se revisará la minuta del contrato de servicios funerarios y el esquema de manejo administrativo del Cementerio San Pedro en Medellín.

En el presente artículo se exponen algunos análisis de las formas contractuales atípicas y atípicas mercantiles con el objeto de comprender a través de ellas la naturaleza y régimen jurídico del contrato de servicios funerarios de destino final. En primer lugar, se estudiarán las formas contractuales atípicas y atípicas mercantiles a fin de evidenciar si éste hace parte de los atípicos mercantiles o los atípicos civiles, cuestión necesaria para establecer el marco regulatorio del precitado contrato. En segundo lugar, se estudiará el contrato de servicios funerarios y se clasificará de acuerdo con los criterios de los contratos atípicos, previamente seleccionados para ello. Finalmente, y con base en los análisis de las temáticas anteriores, se establecerá la tipología y marco normativo o régimen jurídico del mencionado contrato a luz de la legislación colombiana.

Por último, se concluye que la forma contractual atípica ofrece a los comerciantes más flexibilidad y adaptabilidad al objeto del contrato; por consiguiente, constituye la forma más idónea para el cumplimiento del propósito de empresarios o comerciantes. No obstante, conviene establecer su naturaleza jurídica y marco regulatorio para prevenir situaciones que afecten la eficacia y la validez del contrato.

2 Contratos Atípicos.

Los contratos atípicos han sido definidos desde la perspectiva legal, como aquellos que carecen “de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos por ejemplo, compra venta, arrendamiento, mandato.” (Consejo de Estado, 2018, Sent. 00197). En este sentido, se afirma de éstos, “Los contratos *atípicos* al no estar reglamentados expresamente en la ley, donde se impone la forma como requisito de validez son contratos que tienen libertad de

forma” (Arce, 2010, p.44). Esta libertad de forma que surge de su falta de regulación, es una de las mayores ventajas que brinda esta forma contractual ante el contrato típico en un mercado siempre en continua transformación y expansión.

Para efecto de delimitar el tema ya por demás amplio, en el presente artículo sólo se abordarán dos modalidades del contrato atípico, el denominado Contrato atípico puro y el Contrato mixto o complejo: “Los contratos *atípicos puros* son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos. Por ejemplo, la venta de empresa con cláusula de no concurrencia o competencia” (Arce, 2010, p.140) .Es decir aquel que difiere en su totalidad de las formas o tipos legalmente establecidos. Por su parte, los mixtos o complejos, son definidos por la doctrina como aquellos que:

Resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios y son los más comunes en la práctica.

Existen, con relación a sus prestaciones, tres clases de atípicos impropios:

i) *Combinados o gemelos*. Cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo contrato típico. Por ejemplo, el contrato por el que una parte se obliga a conceder el uso de una marca, transmitir tecnología y prestar asesoría a otra parte que sólo se obliga a pagar un precio anual en una cantidad determinada.

ii) *Mixtos* (en sentido estricto): son aquellos en los que a determinado contrato típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro contrato típico. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento de un local en la que el arrendatario tiene, como obligación adicional, el acondicionar el local bajo ciertas especificaciones que le marca el arrendador.

iii) *De doble tipa*, en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos. Por ejemplo, una parte se obliga a conceder el uso de un inmueble para oficinas y la otra parte se obliga a prestar servicios periódicos de asesoría en computación. (Arce, 2010, p.141)

Estos dos criterios de clasificación serán la base para analizar, clasificar y caracterizar el contrato de servicios funerarios, para mirar en cuál de ellos encuadra con mayor precisión teniendo en cuenta además la naturaleza jurídica de las partes que lo suscriben, se alude a ello dado que existe el interrogante si una persona jurídica de carácter

privado celebra contratos típicos o atípicos con personas naturales o jurídicas cual será naturaleza jurídica de estos actos, ¿mercantil o civil? Con el fin de responder la cuestión, en países como Colombia se ha sostenido lo siguiente:

Con todo, no son pocos los autores que desde la doctrina han intentado establecer una serie de elementos comunes a los actos de comercio. Así, se ha intentado definir el acto de comercio a partir de elementos comunes a ciertos actos de comercio, sin que por ello dichas definiciones hayan logrado abarcar la totalidad de actos que la ley considera mercantiles (...) Por lo demás, y si bien el legislador no dispuso de una definición que abarque la totalidad de actos de comercio, dispuso de una serie de criterios para distinguir qué actividades deben considerarse comerciales, a saber:

- a) Una lista ejemplificativa de actividades consideradas comerciales (artículo 20 del Código de Comercio).
- b) Una lista ejemplificativa de actividades no mercantiles (artículo 23 del Código de Comercio).
- c) Una norma expresa que establece que una y otra lista admiten interpretación analógica por ser ambas declarativas y no taxativas (artículo 24 del Código de Comercio). (Cámara de Comercio de Bogotá, 2019, Concepto No. CRE030058129).

Tal como quedó expuesto, en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe una norma expresa, que defina taxativamente los actos civiles o mercantiles. Sin embargo, si se establecen algunas reglas como la interpretación analógica arriba mencionada, que permitan clasificarlos en uno o en otro según sea el caso. De tal manera, que esta regla de interpretación se podrá adoptar para definir en cuál de estas tipologías se ha de clasificar el contrato de servicios funerarios, tema que se abordará con mayor precisión en los capítulos siguientes. Ahora, para establecer si el contrato estudiado hace parte de los contratos mercantiles atípicos, como ya se dijo, éste se presenta en el marco de una negociación que se celebra así: por un lado hay una persona jurídica que ofrece servicios de pompas fúnebre, es decir que esta es su actividad económica y de otro una persona natural o jurídica que los adquiere, mediante la celebración de un contrato oneroso. De esta manera, más allá de que la entidad que habitualmente oferta estos servicios, ostente una personería jurídica como

entidad sin ánimo de lucro, lo que se configura aquí es un acto claramente mercantil. Por consiguiente, una vez definido que existe un acto mercantil se entenderá que este contrato atípico, es atípico mercantil.

En el marco de los contratos mercantiles atípicos. A juicio de Arce, existen una serie de criterios que permiten distinguir cuando se está ante un negocio mercantil o civil, uno de ellos establece lo siguiente: “Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial” (Arce, 2010, p.35)

Otro de los criterios de distinción que trae este autor que sustenta la tesis que el contrato estudiado entraña más características de contrato mercantil que de contrato civil, es el siguiente:

En medida creciente, la empresa o negociación y la ejecución por ella de actos en masa, ha venido adquiriendo un papel preponderante en el moderno Derecho mercantil mexicano, hasta el punto de tener que considerarla como el elemento ampliamente predominante de la legislación mercantil, y como base y fundamento de la mayor parte de los demás elementos de tal disciplina. (...) La vieja noción del Derecho mercantil como Derecho reservado a las relaciones entre comerciantes se sustituye por la de Derecho reservado a las empresas. (Arce, 2010, p.37.)

Este derecho reservado hoy a las empresas se vale entonces para su efectividad del contrato como herramienta o como contenedor si se quiere del clausulado que rige las obligaciones de las partes contractuales y del principio de autonomía privada para configurar los negocios que sustentan su actividad económica. Este principio, como lo hace notar Camacho López “constituye el fundamento de los contratos atípicos en cualquier ordenamiento jurídico” (Camacho, 2005, p.1) esta misma autora citando a Cristian Larroumet (1993) afirma:

La razón por la cual, la autonomía privada le da vida a la figura de los contratos atípicos, está en los elementos que la componen, estos son, la soberanía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la voluntad, pues mientras que el primero le permite a las personas crear nuevas figuras contractuales cuando las existentes no logran alcanzar los intereses que se han propuesto, el segundo, le otorga fuerza a dicha disposición de intereses, evitando que los individuos se sustraigan a su cumplimiento. (Camacho, 2005, p.1)

De tal manera, que en virtud de la autonomía de la voluntad otorgada por legislador a los particulares para autorregular sus actividades civiles y mercantiles se materializa a través del contrato, constituyendo éste la fuente principal de obligaciones que regirá las actuaciones de las partes, con relación al negocio celebrado. Ahora bien, respecto al cumplimiento de las partes, o mejor dicho, de presentarse el incumplimiento de alguna de las partes, es asunto que lleva a cuestionarse sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos. Lo cual, a juicio de Camacho:

[...] es sin lugar a dudas la principal problemática que surge de su concepción como categoría contractual, y tiene una gran trascendencia desde el punto de vista práctico pues las normas que se apliquen a un específico tipo contractual no regulado por la ley dependen directamente los efectos que produce, por tal razón es importante que el juzgador ante un contrato de esta clase indague cuidadosamente las normas que considera pueden regir la figura contractual. (Camacho, 2005, p.21)

Definir el marco regulatorio de los contratos atípicos ha sido uno de los mayores empeños de juristas y doctrinantes, evento que propone la formulación y aplicación de mecanismos y teorías que permitan establecer el régimen aplicable a esta forma contractual.

En consonancia con lo recomendado por la doctrina, lo primero que se debe observar en la tarea interpretativa es verificar que el contrato cumpla con las normas generales de los contratos y de las obligaciones y que observe principios relativos al mismo. No obstante, como advierte Camacho “no es posible solucionar el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos con las normas generales de los contratos

y las obligaciones, por lo que resultara necesario recurrir a otros mecanismo” (Camacho, 2005, p.22),

Algunos de los mecanismos referidos por la autora son: las estipulaciones de los contratantes, quienes en virtud de la autonomía de la voluntad podrán establecer las reglas que regirán la figura contractual lo cual resuelve el problema planteado y en caso de que los contratantes no lo estipulen, se recurrirá a mecanismos como las teorías de la absorción, la combinación y de la analogía, entre otras.

La teoría de la absorción propone regular el contrato atípico a través del elemento prevaleciente en éste de un contrato típico, esta teoría presenta dificultades, porque no siempre se encuentra este elemento o prestación en el contrato atípico.

Por su parte, la teoría de la combinación propone identificar los elementos que conforman la figura contractual atípica y las normas que los regulan en los contratos típicos y de esta forma hallar el régimen jurídico aplicable. Si bien, esta teoría ha sido calificada como conveniente, algunos autores sostienen que dichas normas en los contratos típicos no regulan esos elementos aislados de los demás “sino que por el contrario se regula teniendo en cuenta el entorno jurídico dentro del cual se desenvuelve” (Camacho, 2005, p.28), Por lo que no recomiendan su aplicación.

La teoría de la analogía establece, en palabras de Camacho “se regulará el contrato atípico por las normas el contrato típico con el cual tenga mayor afinidad” (Camacho, 2005, p.28),

Respecto al régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, se concluye que las normas generales de los contratos y de las obligaciones, deben ser aplicadas tanto si el

contrato es de naturaleza típica como atípica. Por ello, la teoría utilizada para establecer las normas que rigen la figura contractual atípica, dependerá de la categoría del contrato atípico de la cual se trate.

Finalmente en lo relacionado con el contrato de servicios funerarios de destino final y luego de haber establecido que éste hace parte de los contratos mercantiles atípicos, se define que las normas aplicable a esta modalidad contractual serán las normas generales de los contratos y las obligaciones así como las normas de orden público aplicables a las empresas que tienen como actividad económica las pompas fúnebres.

3 Características del Contrato de Servicios Funerarios.

Es el contrato celebrado entre cementerios, clientes funerarios y particulares. Es un contrato regido por las normas de los códigos civil y comercial y bajo el principio de libertad contractual o autonomía de la voluntad de las partes que lo celebran, con el objeto de prestar el servicio de inhumación. De acuerdo con la minuta de este tipo de contrato, que para ejemplo se tomó de un cementerio privado de la ciudad de Medellín se define como : El contrato de servicios funerarios es el acuerdo de voluntades mediante el cual se obliga el CEMENTERIO a prestar el servicio funerario de mantener disponible y en adecuadas condiciones de uso, para el CONTRATANTE y las demás personas indicadas en el contrato, el bien (bóveda, osario o cenizario) destinados a la inhumación de cuerpos humanos, restos o de cenizas provenientes de la cremación; y el CONTRATANTE, se obliga a pagar al CEMENTERIO el precio de dichos servicios con sujeción a las reglas y procedimientos que éste tenga establecidos en cada momento

Así es como se define hoy el contrato de servicios funerarios implementado por el Cementerio San Pedro de Medellín para la cesión de derechos de uso de cenizarios bóvedas y osarios, es necesario aclarar que a esta forma contractual se llega luego haberse implementado muchas otras a lo largo de sus 178 años de vigencia, formas que seguramente respondieron a las necesidades, exigencias y disposiciones jurídicas del momento, pero que en la actualidad resultan poco eficientes; respecto a este panorama afirma Castellanos:

La propiedad general del Cementerio de San Pedro (CSP), declarado como Bien de Interés Cultural (BIC) de carácter nacional, está radicada en la Fundación del mismo nombre. Sin embargo, se trata de un modelo de propiedad que ha ido fragmentándose, en cierto modo, mediante la venta de osarios, cenizarios, bóvedas o mausoleos (en general las denominaremos como parcelas para efectos de este documento) o mediante la atribución de derechos de usufructo a terceros. Así, puede plantearse la existencia de una copropiedad o propiedad compartida del BIC y, en consecuencia, de una responsabilidad también múltiple frente a la adopción del PEMP, a su ejecución y cumplimiento. No obstante lo anterior, existe una disgregación de objetivos y responsabilidades en torno a la gestión integral del BIC. Los adquirentes de esos espacios de propiedad no conocen, reivindican o participan de su condición de propietarios de un BIC, con las implicaciones que ello tiene; tampoco tienen identidad de objetivos con los demás copropietarios, incluida la Fundación CSP. Los escenarios son múltiples en cuanto a la propiedad y bien podría decirse que, además de la Fundación, existen propietarios de algunas áreas, usufructuarios o arrendatarios de las mismas. Incluso muchos de éstos han hecho uso de sus facultades de transferencia a terceros, por lo cual se trata de un universo de copropietarios difícilmente identificable. Se observa, del mismo modo, que las ventas realizadas no parecen tener una forma suficiente y eficiente desde el punto de vista jurídico. Es un hecho de público conocimiento que la transferencia de dominio o usufructo de inmuebles en forma total o parcial requiere, además de la escritura pública correspondiente (título), del respectivo registro en el folio de matrícula inmobiliaria (modo) para que se consolide la tradición o el usufructo [...]

Definir la naturaleza jurídica y naturalmente, aclarar el mapa de la propiedad que existe en el caso del CSP contribuiría a múltiples objetivos: en primer término, a dar certeza jurídica sobre la situación, derechos, deberes y posibilidades de gestión de la Fundación y de los adquirentes de derechos en el pasado, como los que en el futuro lo hagan. Incluso podría establecerse un punto de corte sobre la manera de conferir derechos, los cuales pueden limitarse al uso o arrendamiento de espacios incluso a perpetuidad, hacia el futuro. (Castellanos, 2012)

A estas conclusiones se llega en el año 2012 cuando se realizó el estudio denominado Esquema de Manejo Administrativo del cementerio San Pedro, estudio realizado en el marco de la formulación del Plan Especial de Manejo y Protección del Cementerio de San Pedro. Estudio que muy seguramente constituyó la génesis de la minuta que hoy se toma para ejemplificar el objeto de estudio del presente artículo.

Ahora bien, luego de conocer un poco los antecedentes del precitado contrato, es menester pasar a caracterizarlo conforme a los elementos que lo conforman. Para este efecto, se tomara el concepto de José Bonivento respecto a las características principales del contrato de compraventa comercial por ser el contrato típico que más se asemeja al atípico estudiado:

Es bilateral. “Nacen obligaciones recíprocas para las partes contratantes; el vendedor se obliga a entregar la cosa, y el comprador a pagar por esa cosa una suma en dinero” (Bonivento, 2004, p.6) la cosa entregada en virtud del contrato de servicios funerarios es la disponibilidad de uso en condiciones adecuadas para el comprador y para las personas que él autorice en el tipo de bien o bienes identificados en el contrato. El comprador por su parte se obliga a pagar el precio en dinero suma que puede ser pagada de contado o por cuotas. Ahora, aparte de la obligación principal ya mencionada, con la suscripción de este contrato surgen otras obligaciones para las partes como es: para el cementerio de mantener la cosa disponible y en adecuadas condiciones de uso, por el tiempo que dure el contrato, obligación que tiene como administrador de la edificación que contiene los bienes y para el comprador como titular de derecho de uso del bien surge la obligación de pagar una suma de dinero anual por concepto de administración.

Es consensual. “La compraventa se perfecciona y se reputa perfecta desde el momento en que las partes han convenido en la cosa y en el precio artículo 1857 del Código Civil” (Bonivento, 2004, p.6) Si bien, se considera que este contrato se perfecciona con el mero consentimiento de las partes y en el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra norma especial que estipule formalidades para realizarlo, los cementerios para ceder el uso a los deudos han utilizado diversas formas contractuales ya sea por medio de documentos privados llegando incluso a elevarlos escritura pública, depende esto del tipo de cementerio donde se está realizando el negocio. Para el caso puntual del cementerio San Pedro, en la actualidad se utiliza un formato que mezcla algunos tipos contractuales y que debe suscribir el contratante como requisito de forma para obtener del cementerio el derecho de uso, por lo cual se puede afirmar que el negocio si bien es consensual requiere cumplir con ciertas “formalidades” para su perfeccionamiento como es la suscripción del contrato.

Es oneroso. “Ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. (...) Dentro del carácter oneroso es, generalmente, conmutativo, ya que las partes conocen ordinariamente, el alcance de las prestaciones”. (Bonivento, 2004, p.6)

Es principal, no requiere de otro acto jurídico para su conformación y subsistencia. (Bonivento, 2004, p.7)

Es innominado. De acuerdo con Bonivento los contratos son nominados cuando en el Código Civil se define y regula su clase; “le hace producir unos efectos y al contrato se entienden incorporadas todas aquellas normas que no son contrarias a su esencia o al querer de las partes” (Bonivento, 2004, p.7) En este sentido el contrato estudiado es

innominado ya que su clase no se encuentra definida y regulada en el Código Civil colombiano, lo que no quiere decir que no le sean aplicables las normas que no le sean contraria a su esencia o al querer de las partes. Ya que al hacer parte de los atípicos se regulará por las normas generales de los contratos y de las obligaciones y aquellas que formen parte de sus especificidades.

Es de ejecución sucesiva: Es un contrato de tracto sucesivo, puesto que las obligaciones de las partes no son posible de agotarse o cumplirse en un sólo acto. Si bien se podría decir que la obligación de pagar el precio por parte del comprador y la obligación de poner disposición del adquiriente el bien podría agotarse en sólo acto. También es cierto, que partir de adquisición del derecho de uso o de la suscripción del contrato, como ya se había advertido, surgen unas obligaciones para las partes que son de tracto sucesivo como son la de pagar un canon anual por concepto de administración a cargo del titular del derecho de uso y para el cementerio mantener el bien disponible y en buenas condiciones para el uso y disfrute del contratante.

De libre discusión: este contrato reviste más la características de un contrato de adhesión ya que es un formato preestablecido por el oferente y si bien se ejecuta con observancia de las normas imperativas y bajo los principios de libertad contractual y buena fe, la opción del adquirente en cuanto al clausulado del contrato es de conocerlo y adherirse o no adherirse, más no de discutirlo pues el uso que adquiere el contratante está regulado por normas imperativas relativas a la inhumación de cadáveres, restos y cenizas que no dan lugar discusión, asimismo, el hecho de que los bienes sobre los cuales se presta el derecho de uso hacen parte de una edificación que para el caso del cementerio San Pedro cuenta con una declaratoria de Bien de Interés Cultural de Carácter Nacional (BIC).

Lo que implica que el uso está regulado no solo por las normas generales aplicables a los contratos, sino que además se deben contemplar aquellas que regulan los servicios de inhumación y las que rigen para la protección de los BIC, las cuales trae el (decreto 763 de 2009), para el caso específico del Cementerio San Pedro, la resolución 1590 de 2014 por medio de la cual es aprobado el Plan Especial de Manejo y Protección del Cementerio.

Este plan define las líneas estratégicas del cementerio como institución que presta servicios funerarios y culturales, como edificación patrimonial, y en razón a ello establece los niveles de intervención permitidos en cada área del cementerio. Esta regulación especial de alguna manera limita o restringe las acciones que tanto el cementerio como administrador y propietario del lote de mayor extensión y los titulares de derechos de uso puedan hacer en los espacios y bienes del mismo.

Con todo lo anterior es factible decir que el contrato del cual se sirve el cementerio para transferir los derechos de uso de cenizarios, osarios y bóvedas se encuadra en los atípicos mixtos o complejos y más exactamente en el llamado combinado o gemelo, ya que la prestación por parte del contratante consiste en pagar el precio por el derecho de uso más un precio anual por concepto de administración. Por su parte la prestación del cementerio incluye permitir el uso del bien al titular y mantenerlo en óptimas condiciones, así como a cuidar que el uso del bien sólo sea ejercido por el contratante o por sus autorizados. Asimismo se observa, que éste reviste las características de varios negocios jurídicos típicos como la compraventa, el arrendamiento y el depósito, ejemplo de ello es la obligación que surge para el cementerio de custodiar los cuerpos, restos y cenizas que el titular deposite en el bien.

4.-Naturaleza Jurídica del Contrato de Servicios Funerarios.

En el presente capítulo y con base en los análisis de las temáticas anteriores, donde se ha establecido la tipología del contrato servicios funerario de destino final y se ha abordado el marco normativo o régimen jurídico del mencionado contrato a luz de la legislación colombiana, es menester a fin establecer su naturaleza jurídica, referirse a la forma como funcionan los requisitos de eficacia validez en los contratos atípicos. Sobre lo cual, la doctrina ha referido lo siguiente:

Ya se ha precisado. Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez). El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problema de disciplina normativa). La libertad contractual que reconoce nuestro Derecho, “está subordinada a la exigencia de estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico están circunscritos a la observancia de la ley imperativa (Arce, 2010, p. 141.)

Para efectos de abordar la problemática planteada resulta conveniente establecer el marco normativo del contrato de servicios funerarios, fundamentándolo en la clasificación y caracterización establecidas para éste en los capítulos anteriores. Como ya se dijo, hace parte de los atípicos mercantiles y que siguiendo la regla de esta modalidad de contrato se regirá entonces, por las normas generales de los contratos y las obligaciones, así como por las normas de orden público, es decir las normas de interés general que regulan las actividades que se desprenden de su celebración y ejecución así como las de carácter civil y mercantil que le sean aplicables como las normas de los Códigos Civil y Comercial, relativas a las prestaciones a las que las partes se obligan en virtud del contrato.

Ahora, retomando lo referido por Arce en la anterior cita, con relación a los problemas que plantean los contratos atípicos como el de (admisibilidad y de validez) y el de (disciplina normativa) que, como él muy bien lo explica consiste, el primero en establecer los límites en que el contrato es admisible, es decir, que observe los requisitos necesarios para establecer su validez y eficacia dentro de un ordenamiento jurídico. En este sentido es conveniente observar cómo están concebidos dichos requisitos dentro del contrato de servicios funerarios. Según lo plantea Ospina Fernández los requisitos para la validez de los actos jurídico son:

La capacidad de los agentes, la ausencia de vicio de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley.(Ospina, 2000, p.84)

Con todo lo anterior, se observa que en el contrato de servicios funerarios están presentes los mencionados requisitos. Ya que éste tiene por objeto la cesión a título oneroso de un derecho de uso a perpetuidad de un nicho o espacio funerario que tiene como fin práctico la disposición final de los cadáveres, cenizas o restos óseos, lo que lleva a la causa, la prestación de un servicio, equiparable por demás a un servicio público como es el de inhumación actividad que está regulada en el ordenamiento jurídico Colombiano en la Resolución 5194 del 2010. Ahora, respecto a la capacidad de los agentes, se entiende que este contrato por regla general es celebrado entre el cementerio y los deudos, es decir entre personas naturales y jurídicas que se presumen plenamente capaces.

Así mismo, es un contrato que las partes celebran virtud de la autonomía de la voluntad y libre de todo vicio del consentimiento. En cuanto a la plenitud de las formalidades prescritas por la ley, vale recordar que se está ante un contrato atípico, y que

por consiguiente estas formalidades responden más a una autorregulación de las partes que deciden obligarse mediante una forma contractual escrita que generalmente contiene las estipulaciones de los contratantes, es decir lo que las partes necesitan, esperan y desean obtener recíprocamente a partir de la celebración de contrato, por supuesto estas estipulaciones deben estar enmarcadas en las normas generales relativas a los contratos y las obligaciones dispuestas en el ordenamiento jurídico, como ya se ha dicho.

Así las cosas, es posible establecer de manera objetiva que la capacidad, el objeto, la causa, y las formalidades, de este contrato se reputan válidas, puesto que se está refiriendo actividades permitidas en el ordenamiento jurídico colombiano, y que además dichas actividades están regladas por normas de orden público como es la resolución 5194 de 2010 citada anteriormente, para efectos regular la prestación de los servicios funerarios y el Estatuto del Consumidor para regular la relación contractual entre cementerio y usuarios. Ya que esta norma por ser de orden público es aplicable en todos los ámbitos donde exista una relación de consumo.

En tal sentido, las consideraciones anteriores permiten establecer un marco normativo, aunque muy general, para el contrato objeto de estudio del presente trabajo, y con lo cual es posible afirmar de él que es admisible, eficaz y por tanto ajustado al ordenamiento jurídico nacional.

Respecto al segundo problema, el de disciplina normativa, y dado que éstos adolecen de una normativa legal específica. A juicio de Arce, se hace necesario determinar la disciplina para ellos, esto es, la forma como se interpretaran y como deberán ser

integradas sus lagunas y deficiencias. Tal como se había planteado en el punto 2 de este artículo, son varias las teorías que la jurisprudencia y la doctrina han establecido para definir el régimen jurídico aplicable a los atípicos, tales como las normas generales de los contratos y las obligaciones, las estipulaciones de los contratantes, la teoría de la absorción, la teoría de la combinación, la teoría de la analogía, la costumbre y la jurisprudencia. Éstas han sido los mecanismos para dotar esta modalidad de contrato de un régimen jurídico y de tal manera suplir e interpretar sus lagunas y deficiencias. Es de anotar, que la escogencia de alguno de estos mecanismos se hace luego de analizar la especie de contrato atípico al cual le será aplicado, y como ya quedo establecido en la caracterización, el presente es un atípico mixto o complejo de los llamados combinados o gemelos, con lo cual será ajustado aplicarle la teoría de la absorción, sin querer decir con ello, que exista imposibilidad de abordarlo desde las demás reglas de interpretación

También se dijo que el régimen jurídico aplicable al contrato de servicios funerarios de destino final serían las normas generales de los contratos y las obligaciones, las normas de orden público aplicables a las empresas que tienen como actividad económica las pompas fúnebres, así como las normas imperativas aplicables a cada institución en razón a sus características específicas, características que de alguna manera van a incidir en la prestación de los servicios relativos al presente contrato.

Se ha referido que el Cementerio San Pedro de Medellín en su calidad de cementerio activo, entidad museal y edificación patrimonial presenta una triple condición, que si bien constituye uno de sus mayores atractivos, es un aspecto que por otro lado complejiza un poco su relación con usuarios o clientes, ya como bien lo advertía

Castellanos los contratantes o como el los denominaba “Los adquirentes de esos espacios de propiedad no conocen, reivindican o participan de su condición de propietarios de un BIC” (Castellanos, 2012).

Si bien, con la formulación del Plan Especial de Manejo y Protección, su posterior aprobación y su puesta en marcha, se definen herramientas, como reglamentos, esquemas y protocolos para la protección, conservación, intervención, difusión y administración de los bienes y servicios objeto de este contrato, es de anotar que aún se percibe mucho desconocimiento sobre las implicaciones en cuanto a los derechos y obligaciones que conlleva ser titular de un bien con declaratoria de BIC.

Con lo anterior queda clara la importancia de caracterizar cada contrato atípico y definir, el régimen jurídico aplicable a éste, pues tal como argumenta Camacho, el régimen jurídico “se circunscribe al específico contenido de dicha figura contractual” (Camacho, 2005, p. 21) significa entonces que el régimen aplicable al contrato estudiado serán las normas que regulan las actividades realizadas por el Cementerio San Pedro en las tres dimensiones que ostenta. Y por tanto, como ya se reiterado sus actividades estarán sujetas a las normas civiles y comerciales así como a las normas imperativas que regulan estos tres aspectos. Las anteriores consideraciones evidencian además la subordinación a la que está sujeta la libertad contractual o autonomía de la voluntad como principio o pilar de la contratación privada, y en mayor medida para la contratación atípica que se fundamenta en este principio debido a su falta de una regulación específica, principio que en el ordenamiento jurídico está circunscrito a la ley imperativa.

5. Conclusión

Lo expuesto hasta aquí permite evidenciar porque los contratos atípicos son cada vez más utilizados en las distintas transacciones comerciales, pues esta modalidad contractual como en principio se advertía se ajusta y en tal medida responde a la alta dinamicidad de los mercados actuales así como a los cambios de regímenes jurídicos de los Estados.

No obstante esa misma dinamicidad y flexibilidad, puede dar lugar a que se cometan abusos del derecho por parte de los contratantes, situación que generalmente es padecida por la parte débil del contrato. Es por ello que se requiere de las partes contratantes mayor cuidado a la hora de formular el contrato y de establecer el clausulado por medio del cual se obligaran, teniendo en cuenta el marco regulatorio establecido para el negocio celebrado, así como el dispuesto para las actividades que efectuaran las partes en razón al cumplimiento de las prestaciones del mismo.

De ahí la necesidad de advertir con relación a este contrato, que cuando las parte están conformadas de un lado por un profesional y por el otro por el consumidor final, donde la regla general, es que el profesional es quien diseña la forma contractual mediante la cual se obliga y donde el consumidor del producto o servicio sólo tiene dos opciones y es de adherirse o no adherirse al contrato (Contrato de adhesión), con lo cual se hace aun mayor la responsabilidad de ese profesional de velar por que dicha forma este ajustada a los principios generales de los contratos y que se observe en todo momento el deber de información para con el contratante, de tal manera que desde el contrato mismo se garanticen los derechos que este consumidor tiene. Deber de información, que para el caso colombiano se efectuaría en los términos establecidos en el Estatuto del Consumidor:

Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.(Ley 1480,2011, Art.3)

Finalmente en cuanto a la eficacia y partiendo del postulado relativo a los contrato donde se dice que éstos cumplen la función de solucionar las necesidades de las partes contrayentes, se podría afirmar del contrato de servicios funerario que es eficiente en tanto que colma las necesidades de ambas partes, sin embargo, para el caso puntual de la minuta del contrato del Cementerio Museo San Pedro de Medellín será conveniente en aras de hacerlo más eficiente para las partes, realizar algunos ajustes de forma que permita a los contrayentes conocer las bondades del negocio celebrado y en esta medida aprovechar los beneficios que las particularidades del espacio ofrece.

Más allá de los ajustes requeridos, es posible decir, de la forma contractual atípica escogida, diseñada aplicada por este cementerio para llevar a cabo su actividad económica, que resulta ser la más adecuada teniendo en cuenta la atipicidad misma de este espacio funerario, donde converge lo privado, pues es una institución privada sin ánimo de lucro; y lo público, en razón a su declaratoria de BIC y a sus actividades como cementerio y como museo. Por estas razones, esta forma atípica es la más acertada en la medida que permite consignar en ella las estipulaciones que las partes consideren necesarias a fin de obtener del negocio celebrado el mayor provecho posible para cada una de ellas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arce Gargollo, J. Contratos mercantiles atípicos. Editorial Porrúa, Argentina, 2010 (14 Edición).

Arias-Schreiber pezet, M. Contratos Modernos. Gaceta Jurídica Editores, Lima 1999.

Bedoya Romero, L (2018) Los contratos de distribución en Colombia como figura contractual atípica y sus diferencias con el contrato típico de agencia comercial. Tesis de maestría en derecho empresarial, Pontificia Universidad Javeriana: Santiago de Cali-Colombia

Bonivento Fernández, J (2004) Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Bogotá: Editorial ABC

Camacho López, M.E (14 de junio de 2005) Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. . Revista E Mercatoria, 4 (1) 1-34

Castro Ruiz, M. Contratos atípicos en el Derecho contemporáneo colombiano. Bogotá, uniempresarial, Universidad de los Andes, Cámara de Comercio de Bogotá.

Cámara de Comercio de Bogotá. Referencia a Derecho de Petición (27 de mayo de 2019) radicado No CRE030058129 (Jefe Asesoría Jurídica Registral Victoria Valderrama Ríos) Recuperado de <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/24143/CRE030058129.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Congreso de la Republica de Colombia (12 de octubre de 2011) Ley 1480.Estatuto del consumidor, artículo 3.Diario Oficial N°48.220. Recuperado http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de mayo de 2018) Sentencia 00197 de 2018 (MP Carlos Alberto Zambrano Barrera) Recuperado https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=88459

Ministerio de Cultura (06 de junio de 2014) Resolución 1590 por la cual se aprueba el Plan Especial de Manejo y Protección del cementerio de San Pedro de Medellín. Diario Oficial N° 49.181. Recuperado de <https://diario-oficial.vlex.com.co/vid/nao-declarado-monumento-hoy-intera-mbito-515359730>

Ministerio de la Protección Social (16 de diciembre de 2010). Resolución 5194 por la cual se reglamenta los servicios en los cementerios inhumación, exhumación y cremación de cadáveres, artículo 3. Diario Oficial No 47925. Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/resolucion_5194_de_2010_ministerio_de_la_proteccion_social.aspx#/

Quintana Adriano, E. A (2005) Régimen jurídico de los contratos atípicos en un orden jurídico nacional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 1-10. Recuperado de www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta E. (2000). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Temis.

Salcedo Flórez A. (2013). Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación. *Revista Análisis Internacional (Cesada a Partir De 2015)*, 1(7), 20. Recuperado a partir de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870>

Santa María Novoa, M.A. (2018, 06,27) Los servicios funerarios y los seguros exequiales: ¿Realmente son productos diferentes? ¿Qué implicaciones acarrea el ofrecimiento simultáneo de este tipo de productos en el mercado? *Revista E Mercatoria*, 17(1), 123-143. doi.org/10.18601/16923960.v17n1.04

Stiglitz, R y Stiglitz, G. Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor. Bs. As., Depalma, 1985.