

UNA MIRADA A LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL¹

OSCAR PEÑA COSSIO*

Resumen

La presente reflexión pretende analizar como las partes en un negocio aspiran a imponer su criterio en la elaboración del contrato como mecanismo de favorecimiento a sus pretensiones y buscando la mejor de las garantías relacionadas con el cumplimiento del mismo. La forma y diseño de las obligaciones a contraer están marcadas por los distintos aspectos que han incidido en la formación de las partes que suscribirán el futuro contrato, especialmente orientados a que su autonomía en la elaboración de las obligaciones guarden relación con sus aspiraciones, pero, en este punto se advierte la existencia del poder del Estado por medio de sus normas, las cuales tienden a coartar o disminuir la autonomía contractual de las personas siendo para unos un obstáculo, para otros el equilibrio necesario en la adquisición de obligaciones o para otros la búsqueda de las formas legales para evitar los efectos de las normas que los regulan en su mínima expresión, incluso se podría pensar en diversas etapas en las cuales interviene la voluntad de las partes para luego trasladar el acuerdo al marco legal a sabiendas de la posibilidad de reformar parte del acuerdo o ninguna, en ambos casos se debe contrastar con la norma siendo el comienzo de la intervención del Estado como garante del respeto a las obligaciones que cada quien asume.

Palabras Claves: Acuerdo, voluntad, norma, obligación.

* Abogado, Especialista en Derecho Comercial. Docente Investigadora facultad de derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, CUC Barranquilla. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, del Programa de Derecho de la CUC. Contacto en: Colombia, opena2@cuc.edu.co.

¹ Este artículo es producto de la investigación terminada “*La autonomía de la voluntad en la generación del contrato*”, realizado con recursos asignados al Grupo de Investigación en Derecho, Política y sociedad de la Corporación Universitaria de la Costa. 2010. Línea de investigación en asuntos mercantiles. Artículo de investigación científica y tecnológica

A LOOK AT THE CONTRACTUAL AUTONOMY

Abstract

This paper is a reflection around how the parties in a business aim to impose their criteria in the development of the contract as a mechanism to favoring its claims and looking for the best guarantees related to the compliance. The manner and design to contract obligations are influenced by the different aspects that have affected the formation of parties sign the contract future, especially aimed to their autonomy in the development of the obligations related to its aspirations, but, at this point is noted the existence of state power through its regulations, which tend to inhibit or decrease the contractual freedom of the people being an obstacle for some, for others the necessary balance in acquiring other obligations and the finding legal ways to avoid the effects of the rules governing them in lowest terms, you could even think of several steps in which the involved parties will then move according to the legal framework, knowing the possibility to reform or any part of the agreement, in both cases should be contrasted with the norm being the beginning of state intervention to ensure the compliance with the obligations assumed everyone.

Keywords: Agreement, will, act or law, obligation.

Recibido, abril 4/2011

Revisión recibida, mayo 17/2011

Aceptado, junio 29/2011

INTRODUCCIÓN

La investigación que dio origen a este artículo tuvo un nivel analítico fundamentado en la interpretación científica, partiendo de la actual codificación sobre el tema y especialmente en los efectos que genera a nivel sustantivo y objetivo sobre las partes en la generación de su acuerdo de voluntades materializado en los contratos. Se utilizó en dicho trabajo la descripción y análisis sobre las normas actuales, para dar lugar a la reforma propuesta contrastando ambos sistemas y su impacto e incidencia en la sociedad colombiana.

La autonomía de la voluntad es el reflejo de la libertad del ser humano en crear y conducir sus propias decisiones buscando su beneficio, sin quebrantar los derechos de las personas que interactúan en el mismo sentido, y unidos por intereses comunes, todo esto bajo la dinámica de generar un contrato o acuerdo; sin embargo, el uso de maniobras tendientes al aprovechamiento de una u otra posición dentro del diseño y posterior desarrollo del acuerdo de voluntades materializado en contratos, generó toda clase de inconvenientes que obligaron al ser humano a crear medios legales en busca de un mecanismo que conserve el equilibrio de todo acuerdo y que permitiera reorganizar la causa de cada quien dentro de los parámetros impuestos por la norma.

Para encontrar un concepto propicio es conveniente resaltar algunas de las definiciones proferidas por la doctrina y la jurisprudencia, las que se leerán a continuación:

“El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce” (López Santa María, 1998, p. 233).

“En sentido general la autonomía de la voluntad o *autonomía privada* es el poder de autodeterminación de una persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte (De Castro y Bravo citado en: Fernández Sessarego, s.f., p. 218) con base en el principio de que los particulares pueden convenir todo aquello que no les está prohibido por las leyes” (Alzate Hernández, 2009, p. 83).

La Corte Constitucional ha realizado su aporte a la definición de la voluntad privada, pero ceñida a la ley:

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad (Sentencia No.T-338 de 1993).

La doctrina tiende a privilegiar al ser humano como origen de toda obligación en la medida que regula el negocio a celebrar, sin intervención de normas o imposiciones de una u otra parte, aunque la leyes entran a formar parte de esa estructura como límite de la intención de los contratantes, siendo de peculiar interés tomar como referencia que las normas si bien tienden a regular la participación de las partes, también sirven en ciertos momentos para evitar la ejecución de un contrato acorde a la plena voluntad de los que intervienen.

La Ley surge como el mecanismo idóneo para consagrar orientaciones legales en aras de preservar a los actos jurídicos suscritos bajo las distintas modalidades de contratos, acuerdos, convenios u obligaciones sometidos a una formalidades sin las cuales esa autonomía se desfigura en algo ilegal objeto de pronunciamientos en la justicia ordinaria o arbitral sepultando toda independencia de las partes quienes a su vez son absorbidas por el sistema legal.

El Código Civil presenta en su contenido los pilares legales que impulsan y sostienen que la autonomía de las partes se consagra como un principio general en el desarrollo de la actividad de las partes al celebrar actos jurídicos como contratos, bajo ciertos elementos esenciales y

naturales que corresponden al negocio celebrado y con ingredientes de normas imperativas o supletivas que quebrantan de cierta manera el camino de la autonomía pero necesarias en algunas ocasiones.

Regulado como uno de los principios esenciales en la celebración de contratos, veamos ahora en desarrollo de los objetivos de la investigación la manera como se articula en el Código Civil y de Comercio los límites a la autonomía de la voluntad, sin olvidar que a pesar de las normas, las partes eligen libremente el objeto del contrato, la forma de pago y otras condiciones afines al negocio a celebrar, claro, lo anterior sometido a una serie de reglas que si bien inciden en el contrato también es cierto que apuntan a evitar el dominio o abuso de uno o varios de los suscriptores del acto jurídico.

METODOLOGÍA

La investigación desarrollada fue de tipo jurídico y se utilizó el método analítico para la obtención de los resultados esperados. Se emplearon como fuentes: Bibliografía especializada, artículos de revistas, normatividad vigente y jurisprudencia nacional y extranjera.

En seguimiento con sus valiosos aportes doctrinales, el maestro Alzate Hernández Cristóbal (2009, p. 90) describe principios fundamentales en la teoría de la voluntad, de la siguiente manera:

El Consensualismo

Los contratos se perfeccionan por la sola manifestación de las voluntades internas de las partes, sin la exigencia de ritos externos o formalidades *solus consensus obligat*. El consensualismo considera que la voluntad todopoderosa y autosuficiente, es la fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales. El Artículo 1500 Código Civil, indica que el contrato “es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”; es decir, por la unión de voluntades y no requiere de formalidades externas para su existencia o validez.

El Código de Comercio en el Artículo 824 refiere al consensualismo permitiendo que la voluntad se exprese verbalmente, por escrito o por cualquier medio inequívoco. Pero también reconoce que si una norma legal exige determinada solemnidad como exigencia esencial del negocio, este no se formará mientras no se cumpla tal solemnidad.

La solemnidad como exigencia podría, sin embargo, generar un obstáculo para la voluntad de quien pretende el servicio o producto, en la medida que nuestra realidad social muestra que el factor falta de educación o de información oportuna y, el estado de necesidad juegan un papel preponderante en muchas personas, que al someterse a las solemnidades no comprenden sus alcances, la falta de ilustración y la necesidad en que se mueven prácticamente ciegan un discernimiento real, el cual no comprenden inclusive en los estrados judiciales. Lo anterior se demuestra con la cantidad de actos que implican algunos contratos, pago de impuestos, paz y salvos, contribuciones, gramática jurídica, términos, dependencia de terceros y muchos aspectos más, solo con observar las solemnidades en servicios públicos y salud ratifican lo expuesto.

Prosiguiendo con Alzate Hernández (2009, p. 91):

Fuerza Obligatoria del Contrato

Los contratos deben cumplirse de acuerdo con lo que se ha convenido; las obligaciones asumidas deben ser respetadas *pacta sunt servanda*. Ellos obligan según lo pactado, y además a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella (1603 CC), pero sobre todo, deben cumplirse bajo los dictados de la costumbre (Artículo 13 L.153 -/887), la equidad natural (Artículo 871 Código de Comercio) y el sentido común.

El contrato vincula a los contratantes con similares efectos a los de la ley. El legislador ha querido igualar el contenido del contrato a la fuerza obligatoria de la Ley (Artículo 1602 de Código Civil); por lo tanto, los contratantes deben respetar la ley contractual como respetan las leyes del Estado y el juez debe aplicar la ley del contrato como aplica las leyes del Estado, aun cuando lo encuentre injusto (de esta

manera se llega al concepto de ley contractual). El Código de Comercio en su Artículo 4 reconoce que “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados, preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

Pero el contrato no sólo alcanza a las partes, sino que se traduce en términos generales en el principio de inalterabilidad; esto es, el contrato no puede ser modificado ni por el legislador, ni por el juez, ni por una sola parte, como regla general.

Excepciones a la fuerza obligatoria del contrato

El carácter vinculante del contrato no es absoluto, se encuentra afectado por:

- Vía legislativa. El legislador modifica la fuerza obligatoria del contrato por medio de leyes de emergencia para atender circunstancias excepcionales que afectan el orden público económico; por ejemplo, legislación expedida con la crisis del UPAC, se reliquidan los créditos y conceden facilidades de pago respecto a deudas hipotecarias.
- Vía judicial. La fuerza obligatoria del contrato también alcanza al juez, por cuanto en principio, no puede entrar a revisarlo o modificarlo en modo alguno. Podrá ser revisado en lo relacionado con la teoría de la imprevisión.

La fuerza legal y subjetiva que obliga a las partes antes y durante el desarrollo del contrato está sujeto a diversas situaciones, si bien la Ley articula varias normas como indicadoras del camino, en la realidad, el vacío dejado por las partes es subsanado por normas supletivas que podrían o no favorecerá quien recibe esos efectos, de esa manera cambia el sentido de la voluntad de los involucrados hasta el punto de presentarse desventajas económicas o de tiempo, consecuencias que equivaldrían casi a los cambios unilaterales del contrato. Ante esto sería benéfico agregar una norma que ante la evidente desventaja generada por una norma supletiva se debe dejar sin efecto la aplicación de las mismas y en equidad corregir las falencias procurando una igualdad contractual justificada al rol de cada parte.

Acerca del efecto relativo del contrato, Alzate Hernández (2009, p. 91–92) expresa:

Efecto Relativo del Contrato

Sólo las personas que han manifestado su voluntad quedan obligadas por el contrato por ser *res inter alios acta*. Esos contratos tienen efectos entre las partes. La cosa concluida entre unos, no puede dañar ni aprovechar a los otros (*res inter alios acta, aliis neque prodesse potest*), vale decir, los contratos no pueden beneficiar ni perjudicar a los terceros ajenos a la relación.

Son partes quienes han manifestado su voluntad común para originar el vínculo que los unirá hasta que se cumplan las prestaciones acordadas (Gaundo Garfias, 1979, p. 219, citado por Alzate Hernández (2008)), así mismo lo son los sucesores inter-vivos o por causa de muerte a quienes se extienden sus efectos (siempre que no sean *intuitu personae*). De este modo, los efectos propios de la convención se limitan a quienes celebraron el acto y sus sucesores. Fuera de este círculo, nadie puede ser alcanzado, pues se trata de regla especial para los contratantes y en igual forma acontece con las obligaciones. No ocurre así en materia de derechos reales, que operan con carácter absoluto por ser derechos de estructura diferente a las relaciones personales.

Por excepción pueden resultar afectadas por la relación contractual personas ajenas, llamados terceros relativos o interesados.

Ejecución de Buena Fe

La buena fe integra todas las fases del contrato desde los tratos preliminares hasta su cumplimiento. Cada contratante debe brindar su cooperación necesaria para ejecutar las obligaciones contraídas, siendo esencial que tenga un comportamiento apropiado a la finalidad perseguida.

La buena fe es la recta disposición del agente en el cumplimiento leal y sincero de las obligaciones derivadas del contrato que imperan en

una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable. Es imposible entender el derecho contractual sin la noción de la buena fe, soporte básico de la conducta de las partes durante los tratos preliminares, la celebración del acto y en la etapa de cumplimiento a lo acordado. En el momento en que se transgrede la barrera de la buena fe se ingresa al campo de lo prohibido, lo cual origina, si existe daño, la obligación de indemnizar los perjuicios.

Según lo expresa Ripert, “la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo. La buena fe representa un punto de contacto entre el Derecho y la moral” (Bustamante Alsina, 1998, citado por Alzate Hernández (2009)).

- Prueba. La Constitución dispone en el Artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” (Concepto 811-1996)². La ley comercial presume la buena fe en su Artículo 835 para la representación. La ley civil la presume en materia posesoria (769 del Código Civil), y en materia de contratos establece la obligación de actuar con buena fe durante su ejecución (1603 Código Civil).

La mala fe está concebida con un criterio muy estricto y riguroso. Es necesario acreditar que el autor conocía que su comportamiento era censurable, asevera el Artículo 2491 del Código Civil: “siendo de

² Anotación de Alzate Hernández (2009): Concepto 811-1996 citado por Alzate Hernández (2009). Interpretación del Art. 83 Código Penal. “La parte final del Artículo 83 agrega que la buena fe “se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades”. Este ordenamiento de contenido objetivo consagra a través de la norma jurídica una presunción constitucional desvirtuable por prueba fehaciente en contrario; ello quiere decir que la antigua presunción de buena fe contenida en el Artículo 769 del C.C. y cuya aplicación en diversos contextos jurídicos fue motivo de controversia, por mandato constitucional hoy en día tiene aplicación en toda la actividad jurídica que se cumple en la Nación. Se trata entonces, de una presunción de carácter constitucional aplicable a toda la actividad jurídica, aunque con el carácter de simplemente *legal*, es decir, que en casos específicos los particulares o el Estado a través de sus agentes y en sus actividades propias puede actuar de mala fe contrariando el principio de la buena fe, lo cual puede ser demostrado ante la autoridad competente”. Gaceta N° 39 del Consejo de Estado.

mala fe el otorgante y el adquirente; esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”. El Artículo 1324 CC, hace responsable al ocupante de mala fe de la herencia de todo el importe de las enajenaciones o deterioros.

La buena fe concebida como el comportamiento que reflejan las partes en el negocio jurídico solo dibuja un mapa subjetivo, es decir, una presunción de confianza que solo mantiene hoy en día la obligación de demostrar lo contrario. Observando la conformación de los elementos o requisitos generales de los contratos, uno de ellos, la causa lícita, lleva consigo aspectos disecionados actuar dentro de las buenas costumbres y la Ley, pero, la realidad demuestra que un factor bien engendrado en nuestro medio denominado desconfianza puede incluso llevar al traste la culminación de actos jurídicos, dejando a la buena fe solo en escritos y desplazando todo ambiente de confianza mutua a resultados prácticos como el pago total y la entrega del objeto según el tipo de negocio celebrado, esto en el mejor de los casos, en otro escenario los conflictos por la morosidad o incumplimiento contractual causan hechos descritos en las demandas como estafa y mala fe, olvidando que todo comenzó con la supuesta confianza mutua, pero impregnada de lo contrario. Esto permite concluir que la razonabilidad y honestidad decoran la necesidad de concretar el negocio más no la generalidad del cumplimiento de las obligaciones que se adquieren.

Acerca de la buena fe, Alzate Hernández (2009, p. 94-95) expresa:

Orientaciones de la buena fe

- Buena fe creencia (en sentido subjetivo), se refiere al conocimiento que las partes tienen de todas las circunstancias que las inducen a cerrar el trato por disponer de la información completa para formar su voluntad.
- Buena fe lealtad (en sentido objetivo), actúa como regla de conducta a seguir por los celebrantes desde el inicio de los tratos preliminares, en el acto de prestar su consentimiento y durante el cumplimiento de las prestaciones.

Extensiones de la buena fe

La buena fe extiende sus efectos durante la ejecución del contrato y hasta su terminación. Dos teorías integran el cumplimiento del contrato: 1) La de los actos propios y, 2) La obligación de mitigar los propios daños.

Alzate Hernández (p. 94-95) se expresa así sobre la teoría de los actos propios:

Teoría de los Actos Propios

El *brocardo venire contra factum proprium non valet* (a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta), consiste en la coherencia que ha de existir entre la conducta actual y la conducta anterior de una persona si las circunstancias son similares. La buena fe al ejercer un derecho “impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente” (Fueyo Lanieri, 1990). Un derecho no sólo se ejerce de mala fe cuando se aparta su función económica, sino también cuando se ejerce en circunstancias tales que lo hacen desleal.

(...) a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (Enneccerus Citado por Fueyo Lanieri. 1990).

Presupuestos de la doctrina de los actos propios

1. Que en un ámbito determinado un sujeto observe una conducta externa, jurídicamente relevante, inequívoca y eficaz.
2. Que tal sujeto pretenda luego contradecir dicha conducta, a través del ejercicio de un derecho subjetivo formulado o materializado en una pretensión objetivamente contraria al sentido que de la conducta anterior se deriva.

3. Que un tercero modifique su propia situación confiando en la conducta original del agente y que ello ocasione un perjuicio a este.
4. Que exista identidad de sujetos

Refleja estos criterios sobre los actos propios esa prohibición legal de cambiar las condiciones del negocio de forma unilateral, especialmente por la manera en que se asume la obligación contractual, cada quien cumple y permanece equilibrado el contrato, pero al tenor de la realidad social, el cambio de condiciones pareciera que fuere una constante en algunas empresa y dentro del Estado mismo, de fácil observancia es la inestabilidad de las políticas públicas, cada quien supone ser mejor que el otro e implementa nuevas estrategias con el argumento de mejorar las condiciones de todo el constituyente primario, lo cual exige un interrogante ¿Mejora el nivel de vida de los ciudadanos cada vez que cambian unilateralmente las políticas públicas en pocos años de continuidad de las demás?, cada quien tendrá una respuesta, pero, en las relaciones entre los contratantes modificar el objeto contratado o las condiciones de éste para beneficio propio es algo común, el incumplimiento de sostener el equilibrio natural de los elementos contractuales se afecta por múltiples causas, un ejemplo surge cuando el arrendador desea aumentar el canon de arriendo por considerar que es poco el actual, llegando al extremo inventar razones inexistentes para obligar que sea desocupado el inmueble, siendo un comportamiento que materializa la contradicción del respeto al objeto contratado, pero valiéndose de la misma Ley si la otra parte no brinda oposición legal a esas peticiones ¿Buena fe?

Así se expresa Alzate Hernández (2009) en las páginas 94 y 95:

Derecho comparado

El *Common Law* ha elaborado la doctrina del *estoppel*. Si alguien por su manera de obrar, produce en otros la creencia racional que determinados actos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia, impide al primero que pueda negar la verdad de lo que ha representado con sus palabras o conducta, cuando esa negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de otra persona.

Se habla de *estoppelby record* (no se puede contrariar lo que se encuentra registrado públicamente) *estoppel by Deed* (no se puede rebatir lo que se ha declarado en instrumento público); *estoppel by Facts in Pays* (impedimento de contrariar una conducta que ha adquirido notoriedad en el lugar).

En el derecho Alemán Enneccerus (citado por Ekdahal Escobar, 1989) afirma:

(...) Si uno espera para ejercitar sus derechos tanto tiempo que su silencio (no sin culpa) despierta en la otra parte la confianza legítima de que tal derecho ya no será ejercitado, y según los principios de la buena fe, que imperan en el tráfico de la vida, el ejercicio posterior es considerado como desleal, cabe oponerse al mismo mediante la excepción perentoria (p.88).

Obligación de Mitigar los propios daños

En aplicación concreta del principio de la ejecución de buena fe de los contratos, Suescún Melo (2005, p. 205), señala que la parte lesionada, debe actuar con diligencia para reducir tanto como le sea posible, el perjuicio que ha sufrido. Agrega que es sin duda necesario establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor serán íntegramente reparadas.

Dicha obligación existe en el contrato de seguro; ocurrido el siniestro, el asegurado está obligado a evitar la propagación y extensión del daño, y debe proveer al salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador se hará cargo de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de estas obligaciones (Artículo 1074 del Código de Comercio).

El daño como inspirador de demandas debe ser cierto, concreto y evidente, sumando a la determinación del causante del mismo, involucrando a los responsables solidarios y un repertorio probatorio eficaz para llegar a fallos reales que dignifiquen a la víctima. La voluntad del tomador de una póliza apunta a obtener de la aseguradora el respaldo ante la eventualidad de una condena o por existir una responsabilidad evidente llegar a conciliar o transigir las diferencias. Casos como lo motivado es lo ideal, pero la norma permite que las aseguradoras objeten los reclamos presentados por el tomador o beneficiario, cosa que no puede criticarse por la garantía de defensa a favor de la compañía de seguro, pero en ocasiones la voluntad del tomador es perneada por razones dilatorias y confusas de las aseguradoras que buscan no cumplir con lo contratado, provocando al tomador que reclama lo justo la necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, trayendo una injusta demora que al final del camino obliga a cumplir el objeto del contrato de seguro. Mientras esto ocurre, el tomador y beneficiario sufren toda clase de adversidades por causa de la voluntad unilateral de una persona que es un tercero solidario en no querer cumplir con el contrato validamente celebrado. Recordar casos como los seguros de salud frente al reclamo del enfermo, las aseguradoras pueden alegar preexistencias con el objetivo de extender el no pago, contando con normas que apoyan ese derecho, pero que lleno de sin razones no hay celeridad alguna para llegar a la aplicación de la verdad legal, esto para advertir que la imposición de procedimientos por la misma Ley o solemnidades exageradas también evitan un normal desarrollo de la concreción o materialización de la voluntad al suscribir un negocio jurídico dado las condiciones para que esa voluntad engordada de razones abra la puerta del derecho. El exceso de procedimientos es enemigo del cumplimiento de la finalidad o causa que lleva a exaltar la buena fe en la voluntad de concretizar actos jurídicos.

Prosiguiendo con el texto de Alzate Hernández (2009) en las páginas 95 a 98 expresa:

Responsabilidad contractual

Los contratantes son responsables de los perjuicios originados en la formación, ejecución y terminación del contrato. Responder significa dar cada uno cuenta de sus actos (Bustamante Alsina, 1993, p. 68). Los autores Mazeaud & Tunc (1961, citado por Alzate Hernández(2009)) afirman que “una persona es responsable siempre que deba reparar un daño; tal es, desde luego, el sentido etimológico de la palabra: el responsable es el que responde” (p. 2).

Efectos del contrato

El cumplimiento contractual consiste en el sometimiento del deudor en realizar la prestación que constituye su objeto. El acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento natural de la obligación, siempre que exista la posibilidad de realizarlo, así:

1. Cumplimiento forzoso. Si el deudor se niega a cumplir, el acreedor tendrá derecho de obligarlo al cumplimiento forzoso, apelando a la fuerza pública si fuere necesario. Si la obligación es de dar, contiene la de hacer la tradición y entregar materialmente la cosa, so pena de indemnizar (1605 CC). Si la obligación es de hacer el acreedor puede solicitar: a) que se apremie al deudor para que ejecute lo convenido, b) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar con cargo al deudor, c) que el deudor le indemnice los perjuicios (1610 CC).
2. Cumplimiento equivalente. Si la ejecución natural ya no es posible (incumplimiento definitivo) o se presenta retraso en el cumplimiento, o se cumple en forma defectuosa, el acreedor tiene derecho a obtener el pago de la indemnización de daños y perjuicios, como equivalente al perjuicio compensatorio o moratorio que le ha sido causado.
3. Fundamento. La responsabilidad contractual se fundamenta en la culpa del deudor, que se realiza automáticamente por el simple hecho de no cumplir o cumplir de manera tardía.

- *Relación de causalidad.* Se requiere que exista vínculo de causalidad entre la culpa y el daño y no entre el hecho (simple incumplimiento) y el daño, por cuanto la responsabilidad no existe sin culpa. La teoría de la causalidad adecuada aplica en este caso³.
- *Imputación subjetiva.* El daño puede ser causado por dolo, culpa o caso fortuito. Se responde sólo cuando ha existido dolo o culpa (puede ser lata, leve, o levísima)⁴, según se trate de contratos que son útiles al acreedor, a ambas partes o exclusivamente para el deudor (1604 CC). La responsabilidad objetiva o sin culpa no es admitida por el Código Civil sino en casos excepcionales⁵.
- *Culpa contractual.* El deudor, en principio, sólo queda liberado por la ejecución de la prestación a la cual se obligó, el hecho de no ejecutarla o, no ejecutarla en el momento convenido constituye lo que se llama culpa contractual. El deudor culpable no solamente puede ser obligado por la fuerza a ejecutar la prestación que debe, si ello es posible, sino que también incurre en responsabilidad; es decir, debe indemnizar cualquier perjuicio procedente de su falta.

En este punto es dable resaltar como el autor trata un tema indirectamente que marco al derecho mercantil, básicamente la figura de la representación aparente, quien con actos positivos hace entender a la otra parte que los documentos suscritos son válidamente aceptados, como ocurría con las facturas cambiarias de compraventa, siendo suscritas en señal de recibido por cualquier persona distinta de aquel que obligaba a una

³ Anotaciones de Alzate Hernández (2009): Sobre causalidad adecuada en la responsabilidad contractual, véase Suescún Melo, p.154.

⁴ El Art. 63 del Código Civil asimila la culpa grave, negligencia grave y culpa lata, al dolo en materia civil.

⁵ Casos de responsabilidad objetiva se citan: Art. 1512 Inc. 2, error de hecho en la persona del contratante. En la responsabilidad extracontractual tiene mayor aplicación: Art. 2354 daño causado por animal fiero, Art. 2355 daño causado por cosa que cae de la parte superior de un edificio; Art. 2356 presunción de responsabilidad en actividades peligrosas.

sociedad. En ese momento con el pago de una factura con la firma impuesta de funcionarios ajenos al representante legal de la sociedad hacía presumir a la otra parte que esa aceptación era válida, entrando a proteger la Ley al acreedor de posibles actos de mala fe del deudor, claro, con la condición de que las demás facturas con la misma firma en señal de aceptación fueran entregadas al acreedor y ante el eventual caso de rechazo del pago por el deudor con el argumento de quien firmare no está revestido de la calidad de representante legal para dar por aceptada esa obligación en cabeza de la sociedad, la Ley como se dijo, expresamente en el artículo 842 del Código de Comercio, cercena la mala fe del deudor destinado a no cumplir con el pago de su obligación. Finalmente, ese acreedor tendrá que forzar el pago por vía judicial existiendo la posibilidad del detrimento de su patrimonio ante la posible insolvencia del deudor.

Prosiguiendo con Alzate Hernández (2009, p. 99-103):

El Decreto 3466 de 1982 (Artículo 23), de Protección al Consumidor contempla la simple demostración del daño, para establecer la responsabilidad por la mala o deficiente calidad e idoneidad de bienes o servicios que no hayan sido objeto de registro (culpa presunta). Sólo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad del productor: 1) La fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa; 2) El uso indebido del bien o servicio por parte del afectado; 3) El hecho de un tercero, debidamente probados (Artículo 26). Pág. 98.

- *Presunción de culpa.* La ley presume la culpa del deudor⁶ cuando incumple la prestación prometida, por cuanto de antemano conocía a qué estaba obligado, cuándo y cómo debía cumplir⁷. Presunción que el deudor puede destruir acreditando su diligencia y cuidado (que no incurrió en culpa) o el caso fortuito (Artículo 1604 del Código Civil). La culpa del deudor se presume por el simple hecho del incumplimiento moroso, lo

⁶ Anotaciones de Alzate Hernández (2009): La culpa del deudor debe valorarse en abstracto, lo cual corresponde al comportamiento de un ciudadano medio que actúa de acuerdo a un grado normal de su deber objetivo de previsión y diligencia.

⁷ Al presumir la culpa del deudor, se invierte la carga de la prueba de este elemento.

que ocurre cuando el retardo es constitutivo de mora (Artículo 1608 del Código Civil). En cambio, el dolo no se presume, debe siempre probarse (Artículo 1516 del Código Civil).

- *Mora del deudor.* La indemnización se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención (1615 Cc). En todos los casos en que las partes estipulan el plazo en que deben ejecutar sus obligaciones, se produce la mora automática por el hecho de no ejecutarlas dentro de ese tiempo (*dies interpellat pro homine*)⁸. Cuando la obligación es de dar o hacer, hay mora si la cosa no puede ser dada o hecha sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar. En los demás contratos en que las partes no hayan estipulado plazo, ni se determine por la ley, es necesario el requerimiento judicial por el acreedor para configurar la mora (Artículo 1608 Código de Comercio)⁹.
4. Formas de incumplimiento. El incumplimiento contractual normal (producto del descuido, negligencia o imprudencia) se denomina culposo, y origina la reparación de los perjuicios ciertos y directos que pueden ser actuales o futuros¹⁰ y que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; si el incumplimiento del deudor es doloso (con engaño o malicia) se responde de todos los perjuicios previstos e imprevistos; es decir, comprende también los perjuicios indirectos y en su caso los morales (Artículo 1616 del Código de Comercio)¹¹.

⁸ El brocardo *el día requiere por el hombre*, no aplica a todo plazo, sino únicamente a los convencionales. No opera por el cumplimiento de una convención, ni en plazo legal, ni judicial, ni si el término ha sido fijado por testamento.

⁹ El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

¹⁰ Daño futuro es aquel susceptible de prolongarse.

¹¹ Anotaciones de Alzate Hernández (2009): En el contrato de transporte el Art.1031 del Código de Comercio dice “Si la pérdida es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador, este estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia”.

- *Prueba del incumplimiento.* Si se trata de obligaciones positivas de dar o hacer, basta con acreditar la existencia del contrato y las obligaciones que de él derivan y afirmar el incumplimiento. El demandado tendrá a su cargo demostrar que cumplió o quedó liberado por fuerza mayor. Si se trata de obligación negativa, el acreedor debe probar no sólo la existencia de la obligación, sino también la realización, por el deudor del hecho que le estaba prohibido.
5. Existencia y determinación del perjuicio. El daño es el elemento que da interés jurídico al demandante y consiste en algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria y da pie para exigir el resarcimiento de los valores afectados. Los perjuicios pueden ocasionarse por el hecho propio de su representante o de personal auxiliar (Artículo 1738 del Código Civil); se pueden originar en la fase formativa, en la ejecución del contrato, y en su terminación o fase final.

Para determinar el perjuicio existen tres reglas: 1) Fijación por el juez; 2) Determinación por las partes: cláusula penal; c) Evaluación legal.

- *Fijación por el juez.* La ley le indica al juez las bases para valuar la indemnización, quien debe tener en cuenta el daño emergente y el lucro cesante (1613 CC) y la noción de indemnización integral introducida por el Artículo 16, Ley 446 de 1998¹². Los perjuicios se deben limitar a la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato.
- *Determinación por las partes.* Las partes con frecuencia fijan por anticipado la pena que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento de su obligación (cláusula penal). Puede pactarse por la mora, el incumplimiento parcial o total

¹² Se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del *Código de Procedimiento Civil*, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la Justicia. *Gaceta legislativa*. Bogotá D.C. Art 16.

de la obligación. La pena cumple funciones de apremio o de evaluación de perjuicios (1592 CC).

- *Pena. Función de apremio.* Especie de sanción o multa que no se puede pedir a un tiempo con la obligación principal incumplida, a menos que parezca haberse estipulado por el simple retardo; es decir, se equipare con la indemnización de perjuicios moratorios. Fuera del caso anterior para acumularla con la obligación principal, se debe estipular que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal (1594 CC).
- *Reducción de la pena.* En contratos conmutativos, si la obligación es de valor determinado (1601 CC), y la pena consiste en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje la pena en lo que exceda al doble de la primera, incluyéndose esta en él¹³, con dos excepciones: a) En el mutuo, el juez rebajará lo que exceda al máximo de interés que es permitido estipular; b) Las obligaciones de valor inapreciable, la rebaja se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme (1601 CC). En materia comercial si es suma de dinero, el límite llega a un valor igual a la obligación incumplida (Artículo 867 del Código de Comercio).
- *Evaluación legal del daño.* La ley fija la indemnización en los casos de obligaciones amerarías, en el contrato de transporte y en el pago de multas o sanciones.
- *El incumplimiento de obligaciones dinerarias,* se presume que origina perjuicios, los cuales si se limitan a los intereses, no hay necesidad de justificarlos, basta el hecho del retardo (Artículo 1617 del Código Civil).

¹³ Ospina F. trae el siguiente ejemplo: El arrendatario se obliga a pagar un precio mensual de \$1.000 bajo pena de \$10.000. En caso de cumplimiento el deudor puede pedirle al juez la reducción de dicha pena, en forma que tal sólo deba pagar \$2.000, que son el duplo del valor de la obligación principal, en la cual queda incluido este valor. Vid. Régimen general de las obligaciones. Ob. cit. p. 165.

- *En el contrato de transporte*, el Artículo 39 decreto 01 de 1990, para los eventos de pérdida total y parcial, por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente (al valor de la carga), un 25% del valor de la indemnización determinada en los incisos anteriores (Artículo 1031 del Código de Comercio).
 - *La Ley 45 de 1990 Artículo 72*, dispone “toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera que sea su denominación”¹⁴.
6. Prueba del daño. Fuera de los casos indicados de evaluación del daño, en los demás eventos el perjuicio debe siempre probarse por el demandante en cuanto a su existencia y cuantía del daño (Casación. civil de 3 noviembre de 1977).

Un tema obligado en el texto citado involucra la culpa, morosidad e incumplimiento del contrato o mandato con la consecuencia natural de ello, reflejada en la indemnización a que hubiere lugar por los perjuicios causados. La Ley consagra una serie de actos lesivos para el acreedor, justificados en situaciones causadas por el natural riesgo de los negocios cuando al deudor le cambian las condiciones financieras, malas inversiones, casos fortuitos y similares, pero, la Ley es clara en definir que el no pago de obligaciones dinerarias genera mora y causan intereses, la violación de las normas de cuidado en el ejercicio de actividades peligrosas son conductas potencialmente encasilladas a producir daños y perjuicios, incumplir un contrato permite sancionar económicamente al incumplido y, en términos generales, cada acto jurídico que encierra obligaciones para los suscriptores conlleva en su interior un amparo legal para soportar los desmanes del perjuicio causado por la parte incumplida o generadora de daños en actividades heterogéneas. A pesar de lo comentado, la misma Ley genera especies de vacíos o injustos, como por ejemplo en el caso de los administradores de sociedades, quienes son nombrados por junta de socios o asambleas de accionistas, formulando un vínculo de mandato, con el cuerpo colegiado que los designa y autoriza para administrar la

¹⁴ Anotación de Alzate Hernández (2009): La pena como evaluación de perjuicios en obligaciones dinerarias tiene un límite máximo y es la tasa de intereses moratorios bancarios. Pactos como interés diario del 1% como pena, son lesivos y deben reducirse.

empresa, pero en los eventos donde surgen diferencias entre las partes, y principalmente cuando es el representante legal quien incumple, causando agravios económicos y administrativos a la sociedad y los socios, dando pie para su remoción; a pesar de esto, al detallar las herramientas que la Ley brinda para subsanar este incumplimiento del administrador, intervienen normas que impiden la aplicación de una lógica orden de remoción inmediata para ese administrador, lo cual rechaza casi toda opción por lograr integrar un nuevo gerente. En este momento se pueden mostrar normas como la consagrada en el Código Procesal Civil incluso en el nuevo Código General del Proceso donde el administrador puede impugnar por orden del Código de Comercio los efectos del acta donde se remueve, y en las situaciones donde acredite hechos determinantes le conceden medidas cautelares que le permiten sostenerse en su cargo en contra de la voluntad de los socios. En la realidad algunas de esas medidas son decretadas sin justificación, por otras razones incluso, puerta que deja abierta la Ley para cortar lo que la mayoría societaria en su voluntad han decidido, y sin mencionar las acciones legales que posee ese administrador ante la Cámara de Comercio mediante la presentación de recursos que impiden la firmeza del acto de registro hasta que sean resueltos, hecho que atenta contra el querer del cuerpo colegiado. Podemos manifestar que la misma norma en ciertos casos se encarga de voltear la finalidad de los acuerdos de voluntades facilitando acciones al incumplido, no existe seguridad legal que garantice el éxito de los acuerdos de voluntades de forma inmediata, dando saltos de injusticia y festejos, aunque momentáneos, son duraderos para los demás.

Con relación al daño moral subjetivo (ejemplo, transporte de personas), su cuantificación corresponde al juez, pero la víctima debe demostrar las bases para su fijación como su intensidad, magnitud, duración temporal y cobertura (Artículo 1006 del Código de Comercio). El daño moral objetivo se presume de los parientes cercanos de la víctima (Casación Civil 23 de mayo de 1990. Ord. De Eugenia Pérez contra Disconfites. Casación. Civil. 28 febrero de 1990, p. 85)¹⁵ con la simple acreditación del parentesco, a partir del

¹⁵ Anotación de Alzate Hernández (2009): Debe distinguirse entre legitimación para solicitar los perjuicios morales, su prueba y cuantificación (G.J. T. CC pág. 85. Casación. Civil., agosto 26 de 1997 Exp.4825.

contenido del Artículo 42 de la Carta Política, pero admite prueba en contrario (Consejo de Estado. Sentencia diciembre 4 de 2007. Rad. 1995-02201). La carga de la prueba se invierte, el demandado debe acreditar que no existió el daño moral objetivo, en este caso, por ejemplo, demostrando que no vivían juntos.

La indemnización, agrega Hildebrando Leal (2003, p. 166), debe comprender no solo los intereses, sino también la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la que se pretende pagar.

Por lo tanto, indemnización debida es igual a la deuda en la fecha del incumplimiento, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación. Los rubros de devaluación e intereses puros o legales no se excluyen entre sí, puesto que tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como monto del daño el valor nominal envilecido (p.166).

Según la Corte, el pago con intereses bancarios corrientes, excluye la corrección monetaria, por cuanto la fórmula para calcularla ya tiene incluida la depreciación monetaria (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Exp. 6094. Sentencia 19 Nov. 2001).

Incumplimiento no imputable al deudor. El deudor queda liberado, cuando el incumplimiento procede de una causa extraña. Esta causa puede ser:

1. El hecho del acreedor mismo (culpa del acreedor)¹⁶. Ejemplo: contrato de transporte, si la mercancía no ha sido entregada en buen estado a consecuencia del mal embalaje, la compañía queda liberada (Artículo 1013 del Código de Comercio).
2. El caso fortuito o la fuerza mayor (Ley 95 de 1890 Artículo 1º)¹⁷.

¹⁶ Anotación de Alzate Hernández (2009): Es lo que se denomina culpa de la víctima en la responsabilidad extracontractual.

¹⁷ La prueba del caso fortuito corresponde al deudor que lo alega el Artículo 1733 del Código Civil.

3. El hecho de un tercero (Artículo 1003 del Código de Comercio)
4. Agravación de la responsabilidad. Por excepción la responsabilidad del deudor puede encontrarse agravada en los siguientes casos:
 - Cuando se haya constituido en mora (Artículo 1604 inc. 2 del Código Civil)
 - Cuando el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa (Artículo 1604 Inc. 2 del Código Civil)
 - Cuando, en virtud de una disposición especial, la ley le impone la carga de los riesgos (Artículos 1607, 1543, 1561, 1731 del Código Civil).
 - Cuando el contrato contiene una cláusula en este sentido, es decir, se ha hecho cargo de los casos fortuitos (Artículos 1604 inc. 4, Código Civil).
5. Liberación de la responsabilidad. Las partes podrán estipular que el deudor no será responsable aun en el caso de que el incumplimiento proceda de su hecho propio, si se trata de culpa leve o levísima. No es admisible la liberación si el incumplimiento es doloso o con culpa grave, toda vez, que se trata de culpa intencional¹⁸. Se recuerda, el dolo futuro no es perdonable (Artículo 1522 del Código Civil)

(Alzate Hernández, 2009, p. 99-103)

Los anteriores principios permiten deducir que forman el eje necesario para sostener el equilibrio esencial en todo contrato o relación natural; sin embargo, el juzgador nunca podrá apartarse del sentido y necesidad de quienes participan en la elaboración del acto jurídico referido, máxime cuando cada quien conoce sus razones y el sentido de lo celebrado, siendo aquí donde la norma se torna como un obstáculo en la medida que somete la causa de los suscriptores a sus lineamientos, amerita este momento para recordar que las razones del hombre están atadas al mismo hombre desde la creación de las normas, necesarias por la ambición y las crecientes

¹⁸ Vid. M. Labbé, 15 de marzo de 1876, DP 76, 1.449, s 76. 1.337. En: Colín y Capitant, Ob. cit. p. 7.

economías en cabeza de pocos. Muy dentro de estos sistemas legales, llenos de razones justas también encierran ciertas acciones mezcladas con cautelas a favor del incumplido de mala fe, quien creando una esfera de humo puede tener éxito en su cautelas agrandando el daño a la otra parte y con el beneplácito del juzgador, por ello la voluntad contractual por medio de la misma Ley llega a puntos temporales donde resulta ineficaz.

RESULTADOS

El contrato está rodeado de una serie de elementos y requisitos que inducen y obligan su observancia para aquellos que celebran actos jurídicos de esa categoría, los denominados elementos esenciales, de la naturaleza y los accidentales, sumado a unos requisitos propios de los contratos como lo son la capacidad, el consentimiento, causa lícita y objeto lícito, y las formalidades propias de cada tipo de contrato.

Desde la Constitución se marca el sometimiento de la autonomía de las personas a la Ley, lo cual representa una indudable fuerza sobre la causa de los suscriptores de cualquier contrato, incluso la Corte Constitucional ha ratificado estas posiciones dejando en claro que no existe otro camino distinto para la autonomía de la voluntad que coartar sus alcances en aras del interés de preservar un adecuado equilibrio en cuanto a las partes y la forma del contrato.

La segunda garantía constitucional en la cual se fundamentan los programas del testador. es la autonomía privada de la voluntad y aunque no existe una norma en la Constitución que la contemple en forma específica, ella se deduce de los Artículos 13 y 1, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (Artículo 14), el derecho a asociarse (Art.38), a celebrar el contrato de matrimonio (Art.42) y los lineamientos de tipo económico que traza el Artículo 333 (Sentencia C-993/06 de noviembre 29 de 2006).

Aunque se pretenda alejar del formalismo y de la Ley las distintas etapas en la generación de los negocios, del contrato como eje principal de la relación de las personas, la autonomía de la voluntad es y seguirá siendo el inicio del acto jurídico y en ese sentido se deben perfilar las leyes para no mitigar la expresión de los suscriptores de todo contrato en el sentido de respetar, en primer lugar, lo que se quiere del negocio celebrado por medio de un contrato; y en segundo, los principios como fuente para entender el sentido de la autonomía de las personas.

Finalmente, los contratos por adhesión han creado una cultura contractual masiva, que para unos son abuso inmediato, para otros son la mejor manera de evitar papeleos y cumplir con requisitos. Lo que se observa es que en cualquier situación la adhesión a condiciones diseñadas por la otra parte es el principio de un conflicto y la aceptación de esas condiciones sin ninguna clase de observaciones o recomendaciones o declaraciones o cambio en su sentido por parte de quien solicita el servicio o producto lo deja en una clara desventaja legal que ampara en ciertos casos el abuso de la posición dominante contractual.

Al respecto Palacio Lleras (2011) expresa:

Las razones por las que surgen los contratos por adhesión son, a estas alturas de la discusión, bien conocidos por todos; surgen porque el comercio masivo de bienes y servicios no tiene la paciencia y el tiempo para negociar plenamente cada relación jurídica que entabla con sus consumidores y usuarios. Al uniformar los términos contractuales – usando las ya mencionadas condiciones generales– las empresas no tienen que invertir recursos en desarrollar cada una de las relaciones que entablan y que serían diferentes a las demás. Las ventajas de la producción masiva es que permiten comercializar de manera similar aquello que se produce con el mismo proceso.

De hecho, son dos las ventajas puntuales que ofrecen los contratos por adhesión a las empresas que los usan. Por un lado, unifica y simplifica las relaciones jurídicas que adelante, en su parte adherente, carece de la oportunidad de negociar su contenido. En particular, autores como Salleilles, y Duguit han señalado que dichos contratos son en realidad reglamentos, en el sentido en el que las obligaciones que de

ellos nacen no se originan de un consentimiento contractual, sino de una situación jurídica de hecho (en efecto, fue Salleilles quien acuñó el término de *contratos de adhesión* en 1902), en virtud de su oficio. De esta manera, todos los consumidores/clientes/usuarios se parecen entre sí porque el contrato de adhesión les extiende a todos el mismo trato. Los acuerdos se masifican, y por ello los costos asociados con cada uno de dichos acuerdos se disminuyen y se vuelven homogéneos. Por el otro, los contratos por adhesión sirven también para mantener cierto control interno sobre cómo funciona la provisión de los servicios y bienes desde la perspectiva de la organización de la empresa que los usa. Al usar dichos contratos, las empresas condicionan y limitan lo que sus empleados vendedores – *las caras amables* de la empresa oferente– pueden ofrecerle a los consumidores/clientes/usuarios. En este sentido, los contratos de adhesión sirven para disminuir los problemas de coordinación que usualmente surgen entre la empresa oferente (el principal) y sus vendedores (los agentes), y que se traducen en costos administrativos. Al tener un contenido preestablecido, dichos vendedores no pueden ofrecer nada más ni nada menos de lo que está en el papel, lo cual facilita el control que la empresa puede ejercer sobre ellos.

Hay muchos escenarios en los que la autonomía de los oferentes se ve limitada por normas legales puntuales sobre los asuntos que ellos adelantan. Los oferentes pueden -en muchos casos- estar casi tan limitados como los adherentes, en el sentido en el que aquellos no pueden desviarse mucho de lo que mandan las normas jurídicas. Así, por ejemplo, encontramos campos del derecho como el de los contratos de transporte, de cuenta corriente, y de servicios públicos domiciliarios, en los que la capacidad de los oferentes se encuentra más limitada que en otros campos. De ello, resulta que en estos campos los oferentes tienen menos términos para modificar a su favor y, por ende, los adherentes encuentran menos diferencias entre los contratos que se les ofrecen. Usualmente, la respuesta de los oferentes en estos escenarios es crear paquetes de servicios diferentes y competir entre ellos ofreciendo paquetes más atractivos, lo que puede ser ventajoso para los consumidores, en el sentido en el que la suma total de los

servicios que adquieren puede ser menor que si contrajeran cada servicio de manera separada. Al mismo tiempo, también puede ser perjudicial, en la medida en la que se pueden presentar fenómenos como ventas atadas y otras prácticas anticompetitivas que disminuyan la incidencia que como consumidores pueden tener en el mercado.

Sería erróneo suponer que los contratos por adhesión no les pueden convenir a los usuarios, a pesar de que no participan en el desarrollo del contenido de los contratos. Por un lado, el carácter adhesivo de estos puede facilitarle la vida a aquellos consumidores/clientes/usuarios que poco o nada les interese negociar la provisión de un bien o servicio, pero que les interesa tenerlo. Hay personas que aceptan el carácter adhesivo de los contratos porque los costos asociados con la negociación de los términos contractuales exceden los beneficios que la provisión de los bienes o servicios les pueden dar. De igual manera, el carácter predispuesto de los contratos también facilita la comparación entre estos, de tal manera que los consumidores/clientes/usuarios pueden comparar entre términos que difieren pero que son comunes, en el sentido en el que saben de antemano que los encontrarán en los otros.

A pesar de llegar a pensar en lo benévolo de los contratos por adhesión para cierto grupo de personas, también es cierto que dicha modalidad continúa siendo una imposición para favorecer los intereses de quien detenta el programa de ofrecer el servicio o producto. El estado de necesidad interfiere en la libre comprensión de los deberes contractuales y en la adecuada apreciación de las consecuencias legales futuras de quien se somete a esta modalidad contractual. El Estatuto del Consumidor narra en sus principios una protección especial del consumidor desde libre ejercicio de sus derechos, dignidad e intereses económicos, lo cual permite concluir que los contratos de adhesión como figura básica en el consumo de servicios necesarios quedan amarrados a unos pilares que favorecen al consumidor frente a cláusulas abusivas y confusas, permitiendo la Ley un mecanismo legal eficaz para dejar sin efecto tales acuerdos, aunque en principio la necesidad envuelta con la falta de información atenten contra la libre voluntad del consumidor, éste recibe normas que enderezan ese camino ponderando las situaciones partiendo la protección, ya no de la

voluntad al caer en abusos al firmar el contrato, pero sí de los efectos del acto abusivo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se puede afirmar que la norma coarta la libertad de las personas que de manera autónoma escogen la forma de obligarse, pero también es dable resaltar que son necesarias para restablecer derechos vulnerados por quien abusa de su posición en el contrato, de quien se aprovecha de la necesidad del otro. Esto implica pensar en que tanto la ley suprime o cohibe a las personas a implementar autónomamente sus intereses en los contratos sin que nada interfiera, sin ley que trace el rumbo de las voluntades.

La evolución del comercio y la expansión de los mercados han traído junto con el capitalismo una forma de dominar las necesidades de aquellos que no detentan el poder económico, se han creado contratos preimpresos con la finalidad de someter a quien posee la urgencia del servicio o de adquirir algún bien, incluso se llega al punto de no regular esa situación, pues parte del sistema económico que tiene la tendencia permanente de imponer y no discutir sus posiciones, condiciones en los contratos y demás actos jurídicos.

La autonomía de la voluntad parece haberse convertido en una compleja situación para los grandes capitales, basta con mirar la experiencia de cada ciudadano donde se refleja la falta de consensualidad y libre discusión en cada contrato celebrado con entidades financieras, de servicios públicos, medios de comunicación, educativas, seguros, entre otros.

Los distintos modelos económicos en función de conservar sus fortalezas económicas han sido generadores de blindajes contractuales en atención a conservar un mandato único y totalitario sobre el mercado, fácil acceder a lo que se ofrece, pero nada fácil discutir las condiciones contractuales. En estos casos, la autonomía de la voluntad en la generación del contrato no es más que una ficción.

El suscrito concluye, acorde a lo manifestado por la Corte Constitucional en su Sentencia T-338/93, la autonomía está consagrada dentro del concepto de permisividad que la Ley le otorga a los particulares en diseñar sus acuerdos de forma amplia, para luego ingresar al rigor de

la Ley, lo cual podría dejar en claro que la voluntad si es visible ante el legislador, pero siempre sometida a la Ley aunque se deba coartar derechos o mejor, pretensiones de las partes, algo que se vuelve necesario por cuanto la misma sociedad en su comportamiento ha generado actos jurídicos donde unos se colocan en mejor posición que otros forjando el abuso contractual, nada más miremos los diferentes contratos que se suscriben a diario, por ejemplo, con empresas de servicios públicos, de telefonía celular, bancarios u otros donde son los particulares los intervinientes como compraventas de vehículos o vivienda, en cada uno de estos ejemplos la experiencia ha enseñado que es poco lo que se discute o cambia a favor de quien necesita del servicio o del bien objeto de venta, formatos ya elaborados para someter a quien dentro de su necesidad adquiere el producto sin medir las futuras consecuencias, brillando el abuso contractual en muchos de estos casos, y ni comentar sobre los contratos dentro del mercado monopolizado, lo que se aprecia en los servicios públicos, sin oportunidad de escoger, solo una empresa que impone sus condiciones.

Como solución a esta dinámica mercantilista de imponer condiciones en aprovechamiento del estado de necesidad de las personas, se propone que exista un solo modelo de contrato y sea el diseñado por las partes, sin limitaciones o sometimientos a normas y requisitos respecto de su forma y descripción del objeto del contrato, pago, servicio u objeto de venta, además, basta con establecer la intención del contrato partiendo de la obligación de cada parte en aras de establecer todos los elementos lógicos que debe contener. Junto a lo anterior, un solo control el cual sería ante los jueces, quienes deberán observar el objeto del contrato y la obligación de cada parte, sin someter esa voluntad autónoma a leyes ni requisitos legales. Se acudiría a los jueces ante el incumplimiento de lo acordado, y el juez sí tendrá normas que lo guíen para establecer perjuicios, indemnizaciones y sanciones al incumplido, pero con procesos no superiores a 30 días, con las facilidades de que cada parte cultivo el texto del contrato como le convenía y aplicando costumbres mercantiles y lógica jurídica antes de que el juzgador se involucre en largas discusiones sobre el sentido de las normas, eso, debe ser un último recurso si lo convenido entre las partes es muy confuso, mientras tanto escuchando a cada quien y con lo que debe ser en equidad proferir decisiones prontas y en equidad. Lo anterior no significa desplazar a la Ley, ni dejar de lado las normas o la línea jurisprudencial,

ello es necesario, pero como se indicó, antes apropiarse del sentido dado por cada parte, sumado a la lógica del desarrollo de ese contrato o acto jurídico y teniendo en cuenta lo que normalmente se acostumbra para lograr el equilibrio desplazado por incumplimientos u otro factor.

En otro tema, se deberá abolir los contratos preimpresos, solo reproducir el dicho de cada parte en medio digital y luego impreso para consolidar el acuerdo y aquellos aspectos como garantías, seguros, amparos, calidad, entrega oportuna, atención, se mantendrán dentro de los estándares de calidad nacionales e internacionales para mantener un equilibrio entre las partes y evitar el abuso de posiciones contractuales.

REFERENCIAS

- Alzate Hernández, C. (2009). *Fundamentos del Contrato*. Bogotá: Edit. Ibáñez.
- Bohórquez Botero, L.F. (2000). Texto citado en la obra *Diccionario Jurídico Colombiano. Con enfoque en la legislación Nacional. Tomo II*. Bogotá: Editora Jurídica Nacional.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 8ª ed.
- Bustamante Alsina, J. (1998). El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas. *Revista Scribas*, Año II, 3, p. 65-71. En Silva-Ruiz, P. *Instituciones de derecho privado: contratación contemporánea*. Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (1996). Concepto 811-1996. Magistrado Ponente: Roberto Suárez Franco.
- Colombia. Código De Comercio. (1990). *Artículo 1006 Del Código de Comercio*. El daño moral objetivo se presume de los parientes cercanos de la víctima. Casación Civil. 23 de Mayo de 1990. Ord. De Eugenia Pérez contra Disconfites. Casación Civil. 28 febrero de 1990.
- Colombia Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-338/93, (Agosto 24 de 1993) Ref: Expediente T-12031*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-502 de 2002. (Julio 23 de 2002)*. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnet

- Colombia. Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-993/06 (noviembre 29 de 2006)*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Colombia. Corte Suprema De Justicia. (2002). Sala Civil. Exp. 6094. Sentencia 19 Nov. 2001. *Jurisprudencia Y Doctrina*. Bogotá, Legis. T. XXXI 361 enero de 2002. p. 1.
- Candelario, Isabel & Oviedo, J. (2005). *Derecho Mercantil Contemporáneo*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- De Castro & Bravo, F. En: Fernández Sessarego, C. *El Supuesto de la denominada autonomía de la Voluntad. Instituciones de Derecho Privado. Contratación*.
- De Miguel Asensio, P. (2000). *Derecho Privado del Internet*. Editorial Civitas Madrid.
- Ekdahl Escobar, M.F. (1989). *La Doctrina de los Propios Actos: El Deber Jurídico de no contrariar Conductas Propias pasadas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fueyo Laneri, F. (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gaundo Garfias, I. (1979). *Derecho Civil*. 3a Ed. México: Porrúa.
- Ilescás Ortiz, R. (2001). *Derecho de la Contratación Electrónica*. Madrid: Civitas.
- Leal Pérez, H. (2003). Código de Comercio, Compilado, Concordado y anotado. Bogotá: Ed. Leyer.
- López Santa María, J. (1998). *Los Contratos. Parte General*. Tomo I, Segunda Edición Actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- López Guzmán, F. (2007). *Derecho Comercial y Societario*. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. & Tunc, A. (1961). *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Trad. Luis Alcalá Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Medina, H. (2007). La Forma del Contrato. En: *Los Contratos en el Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Legis.

- Ospina Fernández, G. (2005). Régimen General de las Obligaciones. Octava Edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Palacios Lleras, A. (2011). *La voluntad en los contratos de adhesión: sociología y crítica jurídica, con énfasis en el análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suescün Meló, J. (2005). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Bogotá: Legis.

