

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTAS EN
DERECHO COMERCIAL

AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

PRIVATE AUTONOMY OF WILL IN CONTRACTS

Manuela Gómez Arias

Merllely Vanessa Giraldo Quintero

Carlos Enrique Cardona Castro

Corporación Universitaria Remington
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Programa de Derecho

2022

RESUMEN

Con el presente escrito los autores buscamos responder el cuestionamiento de cuál es la importancia de la autonomía de la voluntad contractual y cuál sería la sanción de no mediar la misma, se analizan los significados gramaticales de voluntad y contrato, los primeros datos históricos desde Roma como cuna del derecho y Francia como país liberal, además de hacer un análisis jurídico a nivel nacional e internacional, estudiando la legislación de Colombia, Argentina y Perú, donde indagaremos sobre aquellos requisitos sine qua non para que esta pueda formarse, entre ellos las solemnidades exigidas, la capacidad de ejercicio y los límites legales impuestos a dicha autonomía, en donde podremos concluir que la autonomía de la voluntad contractual es un elemento de la esencia de los contratos, sin la cual no podrían nacer a la vida jurídica o serían nulos absolutamente o recaería sobre ellos la anulabilidad o nulidad relativa, sanción que será impuesta por el legislador.

Palabras clave: autonomía, voluntad, contrato, capacidad, sanción.

ABSTRACT

With this writing, the authors seek to answer the question of what is the importance of the autonomy of the contractual will and what would be the sanction of not mediating it, the grammatical meanings of will and contract are analyzed, the first historical data from Rome as cradle of law and France as a liberal country, in addition to making a legal analysis at the national and international level, studying the legislation of Colombia, Argentina and Peru, where we will inquire about those sine qua non requirements so that it can be formed, among them the solemnities required, the capacity to exercise and the legal limits imposed on said autonomy, where we can conclude that the autonomy of the contractual will is an element of the essence of the contracts, without which they could not be born to legal life or would be absolutely null or the annulment or relative nullity would fall on them, sanction that will be imposed by the legislator.

Key words: autonomy, will, contract, capacity, sanction.

INTRODUCCIÓN

A medida que los derechos individuales de los seres humanos fueron reconocidos y entre ellos, el derecho de la autonomía de la voluntad en donde la persona puede auto determinarse conforme a sus ideales y convicciones de vida plena, surge también con ello que dicha autonomía pueda ser encaminada a producir efectos jurídicos, como lo es en el campo de los contratos, en donde una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, etc. En el diario vivir, el ser humano celebra contratos en donde debe medir una voluntad; es por ello que nos preguntamos, ¿qué sanción jurídica recae sobre los contratos celebrados por las partes cuando no media la voluntad?

Con la presente investigación buscamos reconocer los tipos de sanciones jurídicas inmersas en la legislación nacional y extranjera cuando no sea vea inmersa la voluntad contractual, indagar sobre el nacimiento de la autonomía de la voluntad, analizar la tipificación de la misma, sus solemnidades, la capacidad jurídica e identificar los límites de la autonomía contractual.

Como lo habíamos expresado con anterioridad, el hombre en su diario vivir realiza contratos, por ejemplo: un contrato de arrendamiento, de compraventa, de transporte, de permuta, laboral, de seguros, de matrimonio, etc.; teniendo todos en común que siempre debe de mediar la voluntad de las partes. Por lo anterior, buscamos que las personas tomen conciencia y aprendan acerca de la importancia de indagar sobre cuál es la manera establecida por cada legislación para que la voluntad al momento de realizar cualquier acción que implique contraer un deber y adquirir un derecho, sea válida en ese territorio, ya que la manera de expresarse y la persona que cuanta con capacidad de ejercicio puede variar en cada país y con ello sus sanciones, trayendo consecuencias económicas, penales y sociales.

La investigación se enfoca en el carácter cualitativo en donde realizamos un rastreo teórico jurisprudencial, abordando diferentes documentos que retratan la historia, encontrándonos como a través de las luchas y el reconocimiento de derechos fundamentales nacen las constituciones políticas de los países, centrandó nuestro estudio inicialmente en las mismas, ya que son la base de toda sociedad democrática, llevándonos a analizar sus diferentes codificaciones civiles y comerciales en donde encontramos las reglas impuestas por el legislador y para el caso que nos atañe, sobre la voluntad contractual, además de analizar jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte suprema de Justicia Colombiana y demás textos que nos permiten a través de la observación e interpretación identificar los límites de la voluntad contractual.

Para dar un mejor entendimiento al tema que hoy pretendemos estudiar, debemos hacer un recorrido por diferentes conceptos que nos permitirán definir y con ello comprender el contenido del texto, además de hacer un rastreo de la literatura que nos posibilita entender el estado del arte actual respecto del tema de la voluntad contractual y cada una de las características que la envuelven; de igual manera, el sistema judicial colombiano al tener gran influencia del derecho anglosajón, nos posibilita hacer un estudio jurisprudencial valioso, porque han sido estas decisiones las que han permitido avances significativos en el ámbito judicial y social.

Autonomía de la voluntad

“La autonomía de la voluntad es aquella capacidad que tienen los sujetos para establecer sus propias reglas de conducta, sin que medie autorización de un tercero y bajo los límites que las leyes a los que se ven sometidos les impongan” (Real Academia Española). Es decir, que son todas aquellas acciones que despliegan las personas naturales y jurídicas, para decidir si ejecutan o no, cierta acción, donde media la libertad de elección, pudiendo auto determinarse según sus costumbres, religión, economía, política, etc. Y es que, este principio va muy ligado al derecho de la dignidad humana e igualdad, ya que no podemos concebirlo, cuando se nos obliga a asumir comportamientos que van en contra de nuestros ideales y convicciones de vida, por ende, al ser sujetos libres, tenemos la capacidad y posibilidad de encaminar nuestra vida como mejor nos parezca y a que se nos trate como iguales, pero sin olvidar que tenemos unos deberes morales y legales, que nos imponen unos comportamientos con la finalidad de mantener una sociedad con un curso encaminado a una mejor interacción y a que se cumpla las funciones propias de un estado.

Origen de la autonomía de voluntad

“Su origen más cierto y concreto lo ubicamos en Emmanuel Kant, quien fue el primero en desarrollar científicamente el postulado de la autonomía de voluntad del ser humano

consistiendo, pues, en la libertad o poder que tenía el ser humano de dictarse sus propias normas morales. Norberto Bobbio señala que, en Kant, el sentido liberal de la libertad se define como la ausencia de contenidos, en el sentido en que hace lícita la conducta de quien actúa, siempre y cuando no transgreda los límites impuestos por la esfera de “lo prohibido”. En este orden de ideas, “el principio de libertad se vuelve la regla, y la prohibición, la excepción: todo lo que no está prohibido está permitido” (Cerra , 2017, págs. 183,184)

Para la escuela formalista del derecho el principio de la autonomía privada de la voluntad contractual, empieza a aparecer en Roma, “Es claro que en el derecho romano la autonomía de la voluntad y todo lo que encierra este concepto, no tenía la construcción filosófica, política y económica que vino a tener en siglos posteriores, por la simple razón de que el contexto histórico fue distinto al del siglo XVIII y por ende no tuvo la caracterización de ser un elemento de la esencia de los contratos, ya que resulta evidente como se expuso, que la fuerza obligatoria del contrato en Roma devenía exclusivamente del sometimiento a una serie de formalidades; empero, en nuestro concepto la voluntad de los contratantes era también fundamental para que se dieran los efectos jurídicos, puesto que si el contratante no se sometía por voluntad propia a la formalidad no se producía el contrato, apareciendo así en la historia de los contratos el consensualismo como expresión del querer del individuo” (Montoya , 2012, págs. 10 ,11).

Es evidente la aplicación de la autonomía de la voluntad contractual en el derecho Romano, ya que si bien, no se podía discutir sobre el contenido del contrato y solo se requería para aceptar las formalidades del mismo, si uno de los contratantes no quería someterse a dichas ritualidades, no existía ningún convenio, y podríamos estar hablando de la manifestación de la voluntad como un requisito de existencia, empezando de esta manera a vislumbrar la libertad del ser humano para decidir sobre aquello a lo que desea obligarse, pudiendo analizar si le es o no benéfico, mirando al ser humano como un ser emocional y auto determinable y no como un ser inconsciente e irracional.

Para la escuela racionalista, la autonomía de la voluntad, tiene su desarrollo en Francia, después de la revolución francesa, en donde se concibe al hombre como un ser humano libre e igual, ya no es un súbdito, es un ciudadano, pudiendo de esta manera obligarse por sí mismo, en donde lo más importante era su querer, este principio es un logro indescriptible, porque a un hombre que gran parte de su existencia se encontraba sometido a los deseos y caprichos de un soberano, se le permite decidir, ser escuchado, tenido en cuenta, y a que su palabra tenga un valor.

“De allí que la teoría liberal e individualista concibió al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos como un elemento esencial del contrato, porque los individuos solo se obligaban si así lo deseaban; principio este que fue la base del fundamento clásico liberal de dicha teoría, como quiera que consideraron que el derecho subjetivo es un poder de la voluntad porque el origen del derecho, de la ley y del acto jurídico se encontraba en la voluntad libre del hombre”. (Montoya , 2012, pág. 14).

En Francia, ya nos empiezan a calificar a la autonomía de la voluntad como un requisito de la esencia de los contratos, es decir, sin los cuales no puede existir o es nulo, otorgando de esta manera una sanción al negocio jurídico. En Colombia, la autonomía de la voluntad contractual bebe de la fuente de la escuela racionalista, al entender que dicho principio proviene de Francia y se basa en la libertad otorgada al hombre para regular sus propias relaciones, además sintetiza que se le otorgan también estas potestades con un fin económico, ya que se permite que haya una mejor oferta y demanda en los bienes y servicios.

Claro es que, si los hombres pudieron organizar un estado e imponer las leyes por las cuales se regirían, por qué no brindarle la posibilidad al hombre individual de orientar y edificar su vida bajo sus postulados y el principio de igualdad que le fueron negados y que pueda ver a su semejante como un igual, en donde ya no impera el factor económico y social, y puedan ajustar su pacto a unas cláusulas por las cuales desean regir su situación negocial, además el propio hombre deberá ser consciente de que una vez expresada su aprobación sobre los mismos, estará obligado a cumplirlo

Teorías sobre la autonomía de la voluntad

En la actualidad nos topamos con dos teorías que tratan de explicarnos la fundamentación de dicho derecho, encontramos una teoría individualista y una normativista, teniendo la primera como único centro al hombre como director de sus decisiones sin que llegue a imperar ningún

factor externo para el cumplimiento de su voluntad, por el contrario, en la teoría normativista, si bien se tiene en cuenta al hombre como un ser racional y libre para decidir si ejerce o no cierto comportamiento, es claro que esa autonomía de la voluntad se ve limitada por la legislación en la que se encuentre, toda vez que debe someterse a sus formas y reglas para que tenga validez, es por ello que no podemos hablar de una completa libertad de decisión, porque al fin y al cabo es cada estado quien decide que como y quien puede ejercerla.

“La teoría individualista sostiene que el principio general del respeto al contrato libremente consentido, es natural, porque se basa en la regla moral indiscutida, no pudiendo existir derecho que prevaleciera sobre una regla moral por lo que ésta teoría dice: ... “los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordialmente si no de esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para reglar sus intereses”. La ley debe abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares, ya que cada individuo tiene la facultad de crear, por voluntad propia una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar” (Espinoza Fritas , 2016, págs. 8,9).

“Para la teoría normativista los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordial, si no de la esencia misma del hombre, por lo cual es autónomo para regular sus intereses, pero hay un dirigismo contractual en el que el estado interviene en la etapa de la formación del contrato, ese dirigismo contractual se presenta en forma de intervención o el legislativo cuando el estado actúa mediante leyes y decretos. La autonomía privada le es concedida a la persona por la expresa delegación del ordenamiento jurídico” (Espinoza Fritas , 2016, págs. 10,11)

Jurisprudencia

“Tal institución, de carácter axial en el campo del Derecho Privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que, si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones

generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor. Por otra parte, desde el punto de vista económico, se partía de la base del postulado ‘laissez faire, laissez passer’(‘dejar hacer, dejar pasar) como principio rector de la actividad del Estado y se consideró que la autonomía de la voluntad privada era el mejor medio para establecer relaciones útiles y justas entre los individuos, teniendo en cuenta que ningún ser humano razonable prestaría su consentimiento a compromisos que le ocasionaran perjuicio y tampoco sería injusto consigo mismo; en este último sentido, uno de los exponentes de la doctrina jurídica de esa época expuso una fórmula célebre según la cual ‘qui dit contractuel dit juste’(‘quien dice contractual dice justo’)”. (Corte Constitucional , 2013)

En lo que concierne al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de Mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los Arts. 16, en virtud del cual “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, y 1602, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.Esta regulación sería modificada a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1936, que consagró la función social de la propiedad (Art. 10)[3] y creó las bases para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares Art. 11). (Corte Constitucional , 2013)

Dicha orientación social fue ampliada y consolidada en la Constitución Política de 1991, al establecer el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual derivan los derechos fundamentales de las personas, y en la prevalencia del interés general, entre otros principios, y en el cual, sobre la base de la consagración de la propiedad privada (Art. 58) y la libertad de empresa (Art. 333), se reitera la función social de la propiedad (Art. 58), se señala que la iniciativa privada tiene como límite el bien común y se establece la función social de la empresa (Art. 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella, por mandato de la ley (Art. 334).Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana. (Corte Constitucional , 2013)

El contrato

El contrato se ha entendido como “aquel pacto o convenio, en el que las partes se obligan y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” (Real Academia Española , s.f.). Para nuestra legislación colombiana, más exactamente en nuestro Código Civil en el artículo 1494 , nos indica que el contrato es fuente de obligación, claro está que, en razón a la autonomía de la voluntad, las personas pueden realizar acuerdos en los cuales pueden imponer sus propias reglas de juego, siempre y cuando la ley no se los prohíba, es decir que, podrán convenir unas obligaciones y derechos, que se ajusten a sus deseos y necesidades, y quedarán obligadas al cumplimiento de aquellas, refiriéndonos así a los actos jurídicos, en donde la expresión del querer de una o ambas partes, se encuentra encaminada a producir efectos jurídicos, tales como: crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Si una de las partes llegare a incumplir, la parte cumplida podrá solicitar a la autoridad competente, que se declare el incumplimiento del contrato y en razón de ello , obligar a que la parte vencida despliegue cierta conducta, dependiendo de los tipos de obligaciones adquiridas , ya que pueden ser obligaciones de dar, hacer, no hacer, etc., además de solicitar la indemnización de perjuicios, ocasionados en razón a la conducta desplegada por la parte declarada culpable y en caso de que se haya pactado una cláusula penal, hacerla efectiva. Recordemos que se debe dejar por sentado en el contrato, que la cláusula penal y la indemnización de perjuicios no serán excluyentes, ya que, por regla general no pueden ser acumulables entre sí.

Existen en la actualidad una clasificación de los contratos que pueden variar conforme avanza la sociedad y sus necesidades, en la actualidad podemos clasificar los contratos así: unilaterales, bilaterales, gratuito, oneroso, conmutativo, aleatorio, de ejecución instantánea, de tracto sucesivo, de adhesión, consensual, solemne, de libre discusión, principal, accesorio, típicos, atípicos, reales e informáticos.

Elementos del contrato

La ley y la doctrina han clasificado los elementos propios de los contratos en esenciales, naturales y accidentales.

En los elementos que son de la esencia, como su mismo nombre indica que son aquellos sin los cuales el contrato se tornaría inexistente porque van íntimamente ligados a él, entre esos elementos nos encontramos con el consentimiento entendido como aquella manifestación de la voluntad, es decir el asentimiento sobre el acto jurídico que se pretende realizar, pero aquel se

debe tornar libre de vicios, es decir que no medie el error, la fuerza y el dolo. “El error, que en estricto sentido no equivale a la ignorancia, se lo ha definido como la falsa apreciación que se tiene sobre la ley, una persona o cosa, o como una contraposición entre concepto y realidad. Supone entonces una discordancia entre la noción ideal que se tiene sobre una cosa o hecho y la realidad, pero sobre la base de un conocimiento; el error a su vez se clasifica en error de hecho y de derecho, siendo el primero un error cometido por una o ambas partes al confundir el acto, objeto o persona sobre la que recae el negocio y el error de derecho es aquel conocimiento errado que se tiene de la ley”. (Garcés Vásquez, 2014, págs. 162,163)

“La fuerza, en un sentido estrictamente jurídico, es la coacción ejercida ilegítimamente contra alguien, a fin de inducirlo a celebrar un negocio (Valencia, 2007). En Colombia, la norma no hace diferencia o clasificación respecto de la fuerza, definiéndola de forma negativa, al decir de ella que: La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”. (Garcés Vásquez, 2014, págs. 186,187)

“El dolo por su parte implica la intención de producir un daño mediante una acción u omisión. Actúa con dolo quién miente para sacar provecho de una situación, afectando los intereses de un tercero. El dolo se puede definir como la intención positiva de causar un daño a una persona o a la propiedad de otro. Ello es, que el deudor de la obligación de reparar, de forma mal intencionada y a sabiendas de que puede causar un perjuicio a otra persona, realiza la acción de todas formas. (Garcés Vásquez, 2014, pág. 206)

el objeto y la causa también se encuentra dentro del elemento de la esencia, teniendo el primero como finalidad que solo pueda enmarcarse el contrato dentro de los bienes o derechos susceptibles de ser comerciados, la causa por su parte es aquella motivación que nació en las partes para darle vida a ese acuerdo de voluntades, la cual debe ser lícita.

En algunos contratos se exige que deban de elevarse a los instrumentos establecidos por ley para que tenga validez, por ejemplo: el contrato de compraventa de bien inmueble no puede realizarse por documento privado debe de constar por escritura pública, es por ello que las solemnidades también hacen parte de la esencia contractual, situación que abordaremos a fondo más adelante.

Los elementos de la naturaleza son aquellos elementos que le son propios del contrato, se entienden inmersos en el, sin necesidad de ser acordados por las partes, ejemplo: en el contrato de compraventa siempre existirá la cosa y el precio. Respecto a los elementos accidentales, son todos aquellos postulados que no le son propios del contrato y son incluidos por las partes en el contrato según sus necesidades y deseos, ejemplo: clausula penal.

Etapas de formación de los contratos

Los doctrinantes han establecido que hay 3 etapas en las cuales se desarrollan los contratos, las cuales son: etapa precontractual: donde encontramos los tratos preliminares, es decir, La primera de ellas es aquel compartir de información y de conocimiento sobre aquel objeto del negocio jurídico, en donde las partes deciden si le es benéfico o no la celebración del mismo y de darse como sería su desarrollo; incluyéndose en esta etapa la oferta, es decir donde el oferente brinda una contraprestación a cambio de que interesado ejecute una acción de dar, hacer o no hacer algo, varias son las características de esta figura: “1) La oferta implica que una de las partes formule a otra una propuesta negocial, que tome la iniciativa y presente un prospecto de negocio. 2) La oferta implica la presencia de una parte que presenta el proyecto de negocio y otra que lo recibe para su consideración. La oferta puede provenir de cualquiera de las dos partes. 3) El proyecto de negocio tendrá que tener los diversos aspectos propios del contrato como si ya fuera el verdadero contrato a suscribir por la partes, de tal forma que para su perfeccionamiento únicamente falte la aceptación de la otra parte. 4) Requisito para que se tipifique la oferta es que el proyecto de negocio se comunique al destinatario. La ley no dice cómo se comunica la propuesta, simplemente que indica que la propuesta se entiende comunicada cuando utiliza cualquier medio adecuado para hacerla conocer, es decir, deja en libertad a las partes para emplear cualquier medio idóneo de comunicación. 5) La oferta o propuesta es irrevocable, valga decir, una vez comunicada no puede el proponente retractarse, pues el retracto implica indemnizar al destinatario en los perjuicios causados. En razón de la fuerza obligatoria que tiene la oferta en derecho moderno, es necesario distinguir en qué momento se forma. (Torres Benjumea , 2017, pág. 18).Después de ello viene la etapa contractual, en la cual se ejecutan todas las acciones para el perfeccionamiento y cumplimiento del objeto del contrato y demás condiciones plasmadas por el acuerdo de voluntades, por último, nos encontramos con la etapa postcontractual, la cual a pesar del contrato ya haberse dado por finiquitado hay unas obligaciones derivadas del mismo que aún siguen teniendo efecto, ya sea

por acuerdo de voluntades o por mandato de la ley, un ejemplo de ello son los vicios redhibitorios.

Capacidad de goce y capacidad de ejercicio

“La capacidad y la voluntad en los actos o negocios jurídicos están íntima y recíprocamente relacionadas porque una y otra, constituyen requisitos de validez necesarios de todo tipo de manifestación de la voluntad jurídica, con perjuicio de generar nulidad; sin embargo, tienen una fisonomía propia, sin confundirse, entre sí; así por ejemplo, la voluntad es requisito esencial o de existencia de los actos o negocios jurídicos, sustancialidad que no ostenta la capacidad, porque ésta, apenas es un presupuesto de la validez negocial”. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

La capacidad del sujeto de derecho, siendo una, tiene una expresión dual o fraccionada, con independencia de todo tipo de anfibología que despierta el solo uso de su terminología jurídica:

1. Como capacidad jurídica, natural o de goce es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas o para que determinado derecho u obligación se radique en un sujeto o éste sea titular del mismo. Se obtiene, por el solo hecho de nacer o de existir, en consecuencia, la posee toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva, razón por la cual, constituye un verdadero atributo de la personalidad, como propiedad esencial de toda persona sin distinción, con las restricciones legales del caso. En esta órbita de la capacidad hállase el sujeto de derecho en estado pasivo, simplemente como receptor de derechos; y,
2. La capacidad de obrar, de ejercicio, negocial es posibilidad, cualidad o aptitud de ser titular de derechos, de disponer y de contraer obligaciones en forma personal, voluntaria, autónoma y libremente, sin imposiciones; es la facultad para ejecutar o realizar determinado acto ideado por el intelecto; “(...) es poderse obligar por si mism[o], sin el ministerio o la autorización de otra persona” (art. 1502 del C.C.), y que por tanto, demanda una voluntad desarrollada o deliberativa. Es la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico, como tal, presumida legalmente en las personas mayores de dieciocho años, salvo distinciones legales, en nuestro derecho, siendo esta la regla general, puesto que la inhabilidad o discapacidad constituyen la excepción. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Es decir que la capacidad de goce es aquella inherente al ser humano por el solo hecho de nacer y le permite gozar de unos derechos que le son dados por la ley natural y el hombre para que pueda tener una vida en dignidad, por el contrario, la capacidad de ejercicio es aquella donde el hombre al adquirir cierta edad y madurez es receptor tanto derechos como obligaciones,

pudiendo direccionar sus actuaciones jurídicas conforme el considere correcto, siempre y cuando lo haga bajo los límites que la ley le impone, es decir, que no necesitara representación legal externa para obligarse por su mismo, a modo de ejemplo los padres tienen la representación legal de sus hijos menores.

La diferencia entre ambos radica en que una se adquiere inmediatamente se es persona, pero la capacidad de ejercicio se adquiere al momento de cumplir ciertas condiciones y para el país de Colombia se adquiere completamente al convertirse en ciudadano, es decir al cumplir la edad de 18 años, recordemos que por la ley 1996 de 2019, solo existen incapaces jurídicamente en razón de la edad; otras de las diferencias más significativas radican en que en la primera se es receptor solo de derechos y en la segunda se adquieren derechos y también obligaciones, además que si solo se cuentan con la capacidad de goce y no de ejercicio, la persona necesitara ser representada por interpuesta persona

Solemnidades

El artículo 1500 del código civil colombiano, nos indica que estaremos ante una solemnidad cuando el contrato deba someterse a unas formalidades especiales para que pueda producir efectos, es decir, sería inexistente, pero qué son las formalidades a las que se requiere el código, son aquellos documentos o acciones que nos impone el legislador en las cuales debe constar la manifestación de la voluntad para que pueda producir efectos jurídicos y no devenga en inexistente, ejemplo de ello es el testamento, el cual debe ser elevado a escritura pública. “Por su parte la inexistencia se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato”. (Corte Constitucional , 2017)

Las solemnidades se clasifican en estrictas y simples: **solemnidades estrictas**. (“**ad solemnitatem**”): “son aquellas en la que intervienen autoridad pública. Se redacta un documento y se hace repetir palabras solemnemente. En materia civil se requieren documentos públicos en los contratos de donación, la hipoteca, la anticresis, la subrogación consentida por el deudor y demás actos. En materia familiar el oficial del registro civil debe intervenir en los actos de matrimonio, adopción, la tutela.” (Machicado , 2013)

Solemnidades simples. (“ad probationem”). “Son aquellas en la que solo se necesitan de la redacción de un documento privado. Por ejemplo: en los contratos de préstamo, en los contratos de sociedad, de transacción, de constitución de derechos de superficie o de construcción. En los contratos o actos reales NO se necesitan de solemnidades, pero tampoco es suficiente la voluntad de las partes, se perfeccionan con la “traditio” (entrega de la cosa)”. (Machicado , 2013)

La autonomía privada de la voluntad no es absoluta y debe atender a la ley, orden público moral y buenas costumbres. Cuando la ley es trasgredida deviene en sanciones que afectan al negocio jurídico, una de ellas y de las consecuencias más perjudiciales para el contrato es la inexistencia y esta se da cuando no cumple falta uno o varios elementos de la esencia de los contratos o cuando no cumple con las solemnidades. “Todo acto jurídico está constituido por la reunión de ciertos elementos esenciales que deben necesariamente hallarse en él. Si está ausente uno esos elementos, el acto queda incompleto, no puede producir ninguno de los efectos que la ley asocia a su formación, o se dice que es inexistente; es un puro hecho sin existencia legal. La inexistencia es la consecuencia de la nada, de la imperfección total del negocio jurídico, al no tipificarse en él los elementos esenciales que le dan vida jurídica, la inexistencia opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”. (Corte Suprema de Justicia , 1936)

La ineficacia

“Algunos autores (Parra, 2003) sostienen que la ineficacia del negocio jurídico quiere decir ausencia de los efectos del mismo, acordes con lo querido por los contratantes, ya sea porque el contrato no produjo ningún efecto, o bien porque los produce menores o distintos de los que las partes quisieron. Ello implica que la ineficacia e invalidez son dos conceptos distintos. Aunque de un mismo negocio jurídico pueda decirse simultáneamente que es inválido e ineficaz, pues normalmente, el acto inválido es ineficaz (Valencia Zea, 1985). Los negocios inválidos son ineficaces por tener anomalías en su eficacia, pero en cambio hay contratos ineficaces, es decir, que no producen sus efectos normales, pero son plenamente válidos, por ejemplo, aquel que tiene un defecto en su publicidad y por ello no es oponible a terceros” (Uribe Vargas , 2010, pág. 20)

Nulidad absoluta y nulidad relativa para el derecho civil

“La nulidad puede ser absoluta o relativa. La primera se dirige a proteger el interés público o general de la sociedad, pues está destinada a castigar lo ilícito, es decir, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público. La segunda protege el interés privado o particular. Sin embargo, es posible encontrar casos en los que los dos intereses -privado y público- se encuentran comprometidos, vr.gr. cuando se trata de la defensa de los incapaces”. (Corte Constitucional , 1998)

De acuerdo con el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede solicitarla cualquier persona que tenga algún interés legítimo y el Ministerio Público, en este último caso, únicamente en aras de proteger la moral y la ley. No obstante, la nulidad también debe ser declarada de oficio por el juez del conocimiento, cuando "aparezca de manifiesto" en el acto o contrato, esto es, cuando es ostensible, notoria o evidente.

La nulidad relativa, por el contrario, no puede ser declarada de oficio por el juez, ni tampoco a solicitud del Ministerio Público en el solo interés de la ley, sino únicamente a petición de parte. Y solamente puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios. (art. 1743 C.C.) (Corte Constitucional , 1998)

Nulidad absoluta y nulidad relativa para el derecho comercial

El artículo 899 del Código de Comercio colombiano impone la sanción de nulidad absoluta al acuerdo de voluntades que contraríen norma imperativa, cuando exista una causa u objeto ilícito, cuando se celebre con persona absolutamente incapaz y el artículo 900 del mismo estatuto nos indica que serán nulos relativamente los contratos celebrados por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido con error, fuerza y dolo.

La acción de anulabilidad o nulidad relativa sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado

La autonomía de la voluntad contractual en algunos países latinoamericanos

País de Argentina

Codificación

Uno de los países que actualmente llama la atención es el de Argentina, por la situación social y jurídica que atraviesa, en donde nos encontramos con un código civil y comercial unificado, cuya vigencia entro en vigor en el año de 2015, al que más adelante nos referiremos.

Se empieza a abordar la autonomía de la voluntad contractual a partir del artículo 19 de la Constitución Política de Argentina de 1853, y que a la fecha no ha sido modificado, el cual nos pone de presente que, las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Sentando un precedente en cuanto al autogobierno del ser humano, entendiendo que siempre y cuando los actos de este no intervengan con los fines y derechos de sus semejantes, podrá proceder según sus aspiraciones, aunque para esta época aún se veía mucha incidencia de la iglesia en la conducta del ser.

Para 1871 se expide el Código Civil Argentino, en donde se les permite contraer derechos y adquirir obligaciones, sin que medie una interpuesta persona, y solo con los límites que la ley les imponga, a modo de ejemplo citare unos artículos, en los cuales se vislumbra dicha autonomía.

Art.40. C.C.- Los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación, o por las disposiciones de sus estatutos.

Art.52.C.C- Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces.

Art.53.C.C- Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.

Se les reconoce tanto a las personas jurídicas como a las naturales, el derecho de decidir y direccionar su existencia y negocios, según su voluntad y a obligarsen como a bien tengan, en

el artículo 40 del Código Civil Argentino, nos hablan del contrato y los estatutos, es decir que le serán reconocidos a los miembros de esa corporación unos derechos, ya inmersos en dichos instrumentos y anteriormente discutidos por las partes, en donde tienen pleno conocimiento de cuál será el alcance de los mismos.

Art.3280.C.C - La sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley.

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, un hombre en vida podrá disponer de su patrimonio conforme a su voluntad y respetando unas condiciones que la ley le impone, para que una vez fallezca, sus bienes sean asignados a sus herederos y/o a particulares según su aquiescencia

En la actualidad, el artículo 958 del C.C.Y C Argentino, reza que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Algo curioso es que la legislación argentina a diferencia de la colombiana, sí contempla y titula uno de sus artículos de la siguiente manera: Autonomía de la voluntad, en donde faculta a las partes a desarrollar su autonomía contractual, ya sea en su validez, naturaleza y efectos. (Artículo 2651 C.C Y C.)

“Pero esta autonomía de la voluntad contractual, en vez de avanzar para permitirle al hombre más libertades, con la entrada en vigencia del nuevo código civil y comercial, denotamos una intromisión del estado en la conformación de dicho principio. La ley 26.994, que derogó el viejo Código Civil y puso en marcha el nuevo Código Civil y Comercial, nos muestra que la intervención del Estado en la contratación privada es mucho más activa que en el pasado y, asimismo, se remarca que esa injerencia se consolida hacia el futuro”. (SHINA, 2020)

Los doctrinantes argentinos, se encuentran muy preocupados por la intromisión del estado en las relaciones contractuales, ya que, si bien es de público conocimiento que hay partes débiles en los contratos, ese es el libre desarrollo del mercado y no podemos crear un desequilibrio que afectaría la economía y claro está el principio de la autonomía de la voluntad, ya que según ellos se les estarían restringiendo. Además, se crearía una inseguridad jurídica al momento de contratar, porque la palabra perdería valor, ya que en cualquier momento el estado entraría a

modificar las condiciones anteriormente pactadas a favor de una de las partes, poniéndolas en extremos desiguales, por eso se ha entendido que el estado debe tener la menor la injerencia posible en los contratos de particulares, y así lo hemos visto desde el pasado, en donde la costumbre y la palabra eran las principales fuentes de obligaciones, por ejemplo: en la lex mercatoria, los comerciantes tenían sus propias costumbres y eran ellos quienes regulaban el tráfico comercial y eran de obligatorio cumplimiento e igualmente con el principio de pacta sunt servanda, en el que el pacto celebrado debe de cumplirse, se debía honrar la palabra dada, lo cual va muy ligado al principio de la buena fe.

Formas de expresar la voluntad contractual

Se les permite a los contratantes expresar su intención de obligarse y adquirir derechos con completa independencia, cuando la ley no les exija un instrumento específico para la misma, ya que cuando se impone una solemnidad y no es cumplida, el acto no quedará incluido como tal. Cuando la voluntad conste por escrito podrá estar representado en cualquier texto, pero deberá hacerse de manera comprensible, aunque para su lectura requieran medios técnicos. El silencio, solo tendrá valor cuando la ley o los contratantes se lo hayan dado. (Artículos 263,284,285 del Código Civil y de Comercio)

A quién se le presume la capacidad de ejercicio.

Por regla general se les presume a todas las personas, siempre y cuando la ley no los haya privado de la misma. En Argentina, encontramos que son incapaces jurídicamente para obligarse por sí mismos, los siguientes: el nasciturus, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y aquella persona declarada incapaz por sentencia judicial, pero no podemos decir que dicha capacidad se les ve restringida en su totalidad. Frente a los menores, son aquellos que no han cumplido los 18 años de edad, pero que la ley les permite tener una autonomía progresiva, ya que , según su edad y madurez, podrán ir decidiendo sobre ciertos aspectos de su vida, además si quienes tuviesen representación legal del menor, ejercitaran una decisión que a este no le satisfaga, el menor deberá ser escuchado por mandato del literal b del artículo 639 del C.C YC, el cual manda que, la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: b).La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. (Artículos 24 y 639 del C.C Y C)

Ahora bien, con respecto a las personas declaradas incapaces por sentencia judicial, su incapacidad se limitará solo a aquellos actos enunciados en la sentencia, con el fin de garantizar en gran medida su autonomía, y para ello se le nombran unos apoyos judiciales o extrajudiciales.

Las medidas de apoyo tienen como función promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo, debiendo evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. (Artículo 43 C.C Y C)

Sanción al negocio jurídico en donde no medie la voluntad

La autonomía de la voluntad puede verse viciada cuando medie un error de hecho, pero dicho error debe de ser definido como esencial, causando así la nulidad del acto. Se entenderá que es de la esencia, cuando radique en la naturaleza del acto, cuando el bien o hecho del que se pretendió designar sea diverso al querido, cuando la cualidad sustancial del bien haya sido determinante, por motivos personales incorporados expresa o tácitamente y cuando la persona con la cual se celebró el acto fue determinante para la celebración, también hay lugar a nulidad cuando medie un dolo esencial, es decir, que sea grave y determinante de la voluntad y cuando medie violencia, donde intervenga la fuerza e intimidación que generen el temor de sufrir un mal que no pueda contrarrestarse. (Artículos 267, 272, 276 del C.C. Y C.)

País de Perú

Codificación

Dicho principio empieza a tener visibilidad con el artículo 2 de la constitución política de 1979, en donde se catalogan como derecho el libre desenvolvimiento de la personalidad del ser

humano y la igualdad, y en los artículos 115 y 116 de esa carta magna, permiten la iniciativa privada libre, ejerciendo una economía social de mercado, además de promover, proteger e incentivar la creación de las empresas, en donde pueden ejercer su propia autonomía. Como lo hemos visto a través de este ensayo, se le empieza a dar un gran protagonismo a la persona, como conductor de su propia realidad y responsable en la adquisición de sus obligaciones, además, un factor muy ligado a esa autonomía es el económico, en donde nos empiezan a hablar de libertad de empresa con la finalidad de conformar un mercado más sólido y autosuficiente, y permitiéndole a los empresarios, ejercer su objeto social y decisiones con poca intromisión del estado, lo que les brinda una mayor garantía y respeto por los acuerdos celebrados, además de una mejor proyección económica.

La manifestación de la voluntad contractual, la vemos codificada en el artículo 42 del decreto 295 de 1984, en donde se manifiesta que tienen plena capacidad de ejercicio las personas mayores de 18 años, incluyendo a aquellas personas que puedan poseer algún tipo de discapacidad, además, la ley comercial consagra que podrá ser comerciante, quienes sean capaces en la ley civil. (Artículos 42 del C.C. Y 12 del C.CO)

Formas de expresar la voluntad contractual

La manifestación de la voluntad podrá ser expresa o tácita, será expresa cuando conste por medio de escrito, de manera oral, por señas, o el uso de algún medio tecnológico o mediante cualquier otro medio, incluso los ajustes razonables y los apoyos requeridos por la persona con discapacidad. Y será tácita, cuando por medio de la actitud o conducta de a entender su querer, pero no podrá hacerse de esta manera, cuando la ley a si lo prohíba o se haya realizado manifestación en contrario. El silencio también se catalogará como una manifestación de la voluntad, cuando se le haya otorgado dicho valor. (Artículos 141 y 142 del C.C)

A quién se le presume la capacidad de ejercicio

Como se manifestó anteriormente, tendrán plena capacidad de ejercicio las personas mayores de 18 años, aunque tuviesen algún tipo de discapacidad, pero la ley nos trae unas excepciones y nos plantea que los mayores de 14 años y menores de 18, que hayan contraído matrimonio o ejerciten la paternidad, también tendrán capacidad de autodeterminarse, si no cumplen con estas características seguirán teniendo capacidad restringida para los actos que la ley les imponga. (Artículo 42 del C.C)

Perú, es un país referente en la búsqueda de la capacidad de ejercicio de la persona que pueda poseer alguna discapacidad física o psíquica y tiene una amplia regulación legal, y si bien, muchos países cuentan con una ley que aborda el tema, aun no se encuentra integrada en sus códigos, cosa contraria para el país peruano, en donde se encuentra incluido.

La ley 29973 de 2012, nominada la ley general de la persona con discapacidad, busca promover la igualdad y respeto por las personas en mención e incluirlas en la sociedad sin ningún tipo de restricciones, solo la impuestas por la ley, pero para el caso que nos interesa, se les reconocen unos derechos civiles y políticos, entre los cuales evidenciamos el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica, en donde se le brinda unas ayudas denominadas apoyos y ajustes razonables, lo cual no quiere decir que se le verá restringida su capacidad, por el contrario, ello permitirá que pueda desarrollar cabalmente sus aspiraciones.

Sanción al negocio jurídico en donde no medie la voluntad

La voluntad, es catalogada en la legislación peruana como un elemento esencial del contrato, y para que tenga efectos jurídicos deberá recaer sobre personas con capacidad de ejercicio, debe de versar sobre un objeto física y jurídicamente posible, un fin lícito y observancia de la forma. El código civil, sanciona al acto jurídico con nulidad cuando falta la manifestación de la voluntad del agente, cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o indeterminable, su fin sea ilícito, adolezca de simulación absoluta, cuando no revista la forma prescrita bajo la sanción de nulidad y cuando la ley lo declare nulo. Será predicable de anulabilidad o nulidad relativa, cuando se tenga capacidad de ejercicio restringida, por vicios del consentimiento, por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudique el derecho de un tercero y cuando la ley lo declare anulable. (Artículos 219 Y 221 C.C)

Dentro de los vicios de la voluntad encontramos el error, violencia o intimidación y el dolo. Este primero, es clasificado por la legislación civil de la siguiente manera:

- Error esencial, es decir, cuando recae sobre la esencia, cualidad del objeto, o cualidades personales de la otra parte.
- Cuando el error de derecho haya sido la razón única del acto
- Error concebible, será aquel en el que una de las partes de acuerdo a su calidad, hubiese podido avizorar.

- El error de cálculo, recae sobre la cantidad que haya sido determinante de la voluntad
- Error en el motivo, se configura cuando esa motivación sea la razón específica del contrato y es aceptado por la otra parte.

La violencia e intimidación, se da cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. El dolo, es aquel engaño usado por una de las partes, y ha sido tal, que sin el, la otra parte no hubiese celebrado el acto.

País de Colombia

En nuestro país es de advertir que, no tenemos un Código Civil y Comercial unificado, aunque así se ha pretendido, no ha prosperado. Otra de las situaciones palpables es el tema de la capacidad legal de las personas con discapacidad, del que más adelante nos referiremos, por el momento solo diremos que para nosotros es un avance muy resiente, y por ende aún en nuestro Código Civil no se ha incluido la ley 1996 de 2019.

Codificación

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en los estudiados , nuestra Constitución Política de 1991, es la encargada de brindarnos unos derechos fundamentales, entre ellos: el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, que como bien se ha dicho son pilares fundamentales de la autonomía de la voluntad contractual, en donde prima la dignidad humana, la cual contempla la posibilidad de que el hombre como ser racional y sintiente, pueda tomar la iniciativa de desenvolverse en su ambiente de forma que pueda apreciarse realizado, además de permitirnos el derecho de la libre asociación.

En la ley 84 de 1873 (Código Civil Colombiano), no encontramos un artículo que se nombre expresamente como autonomía de la voluntad, pero si podemos ir encontrando a lo largo del mismo, expresiones que nos hacen inferir que se está haciendo referencia a dicho principio.

En el artículo 16 del C.C., nos están permitiendo realizar convenios que no contraríen la ley y las buenas costumbres, es decir, que se nos autoriza a realizar acuerdos con otras personas respecto de asuntos privados, y con ello a exteriorizar nuestra voluntad contractual, contrayendo unas responsabilidades por lo concertado. En igual sentido ha dado a entenderse el artículo 1495, 1602 y 1603 del C.C, al tipificar que el contrato es una ley para las partes, y se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es decir que tiene efectos vinculantes y solo se pueden desobligar de ello por mutuo acuerdo o por orden legal y deberá en ellos estar inmersa la buena fe contractual, entendida como aquella confianza o aspiración que se tiene en la persona con la que se va a celebrar el contrato y en su actuar.

En el artículo 864 del Código de Comercio Colombiano, vemos incluida la autonomía privada de la voluntad en los contratos, al definirnos el contrato como un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, es decir que yo debo convenir, discutir, o pactar con otra persona, las condiciones por las cuales se debe de regir ese acto jurídico, entendiendo que debe de mediar la voluntad, la cual nos permitirá encarrilar el contrato a nuestros fines.

Formas de expresar la voluntad contractual

Al igual que en las anteriores legislaciones, se podrá comunicar de manera expresa o tácita, expresa se entenderá cuando conste por escrito, de manera oral, por medio de señas o cualquier otro documento que evidencia inequívocamente el querer del sujeto o tácita cuando su comportamiento este encaminado indudablemente a manifestar su intención, en nuestro ordenamiento jurídico a ciertos actos se les impone la solemnidad de que deben constar por escrito. Al silencio, la ley o las personas lo facultad como manifestación de la voluntad para determinados actos, por ejemplo: en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, existe el silencio positivo y negativo, igualmente en las sucesiones, cuando no se dice si se acepta la herencia con o sin beneficio de inventario, se presumirá que se acepta con dicho beneficio, igualmente, el silencio del mandante equivale a aprobación cuando el mandatario no responda la comunicación en un término prudencial.

“La voluntad, frente al acto jurídico, presenta dos estadios, los cuales deben concurrir e integrarse para que tengan repercusión en el campo del derecho. Inicialmente, uno de carácter interno, en cuanto no es voluntad exteriorizada sino oculta e irrelevante, esto, es cuanto es carente de eficacia legal para la formación de una relación jurídica por no aparecer declarada o conocida, nivel en el cual se halla realmente la reserva mental; es el querer subjetivo de cada

sujeto de derecho para que se generen efectos de derecho, el propósito o la motivación de obligarse, de tal modo que si no trasciende del fuero interno, vano es su efecto, salvo en aspectos relacionados con los derechos de terceros. Pero también tiene el otro carácter, el externo, como voluntad exteriorizada o declarada. Ello significa que el querer interno y consciente de la persona cuando se manifiesta externamente, es comunicado y conocido por los otros o por los terceros, adquiere efectos vinculantes frente a los otros sujetos de derecho”. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

A quién se le presume la capacidad legal

Por mandato del artículo 1503 del C.C., toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos que la ley declare incapaces. Antes de la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019, eran incapaces aquellas personas que tuviesen discapacidad mental y fueran impúberes. El concepto de capacidad jurídica como se había entendido sufre un cambio abrupto tanto en el aspecto jurídico como social, toda vez que se entiende que la capacidad legal de las personas con discapacidad es plena para contraer derechos y adquirir obligaciones, independientemente de que requieran un apoyo, es decir una o más personas naturales o jurídicas que ayuden al discapacitado a comprender los actos jurídicos que celebra y a expresar su voluntad, a diferencia de la legislación anterior se permite la pluralidad de apoyos, cosa que excepcionalmente se podía solicitar para los curadores, el nombramiento de dichos apoyos puede darse de dos maneras: suscribiendo un acuerdo de apoyo en una notaría, centro de conciliación o mediante adjudicación judicial de apoyos por la jurisdicción ordinaria en su competencia de familia, es decir que deja de existir el curador o consejero y en adelante solo hablaremos de apoyos y una vez estos adquieran dicha calidad, será necesario su presencia para la realización de ciertos actos que pretenda realizar la persona discapacitada, ya que si prescinde de este o estos, el acto se predica nulo pero relativamente, la nulidad absoluta queda abolida con la presente normativa, por lo anterior es de concluir que en Colombia solo existen incapaces jurídicamente por razón de la edad.

Sanción al negocio jurídico en donde no medie la voluntad

La ley civil en su artículo 1502, exige unos requisitos para que las personas se puedan obligar por un acto o declaración de voluntad, los cuales son: que el sujeto tenga capacidad legal, el consentimiento se otorgue libre de vicios, es decir, libre de error, fuerza y dolo, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita, cuando faltare alguno de los elementos enunciados, el artículo 1701 del C.C, les impone la sanción de nulidad absoluta.

Pero respecto a la ley mercantil, nos encontramos con una divergencia muy grande, ya que, a la falta de voluntad en los actos o contratos, se les imputa la sanción de inexistencia, de conformidad con el artículo 898 del C.CO, el cual reza que a falta de solemnidad o de uno de los elementos esenciales del contrato, el resultado será la inexistencia del mismo y la voluntad es catalogada en la ley mercantil como un elemento de la esencia. “La voluntad, es núcleo y elemento medular de la existencia de la declaración de voluntad jurídica, para que los actos o negocios jurídicos no devengan en inexistentes; pero también su manifestación libre de vicios es presupuesto de validez de los actos o negocios jurídicos (artículos 1502 y 1517 del Código Civil). Es la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o un hecho en concreto”. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Límites a la autonomía de la voluntad

Los límites de la autonomía de la voluntad radican en no contrariar la ley, el orden público, las buenas costumbres y la moral. Encontramos un elemento objetivo, dos subjetivos y uno mixto, dentro del objetivo se nos habla de no contrariar los postulados legales, es aprehensible que debemos remitirnos a lo que se encuentra codificado en las leyes de cada país e informarnos que es prohibido y permitido, con el fin de que el acto jurídico que se desea realizar, cumpla con todas las exigencias y no sea sancionado. Pero cuando se nos habla de buenas costumbres y moral, iniciamos con un dilema, porque son situaciones que trascienden al fuero interno de las personas e incluimos al orden público dentro del elemento mixto, porque dentro de ella encontramos los postulados legales, pero también se ve inmersa la moralidad.

La moral a la que nos referimos no es la moral individual del ser humano, si no aquella que es acogida por una comunidad como los principios rectores por los cuales guiarse correctamente. Uno de los primeros pronunciamos sobre la moral pública o social en Colombia, fue en el año de 1994, en el que se presenta una demanda de inconstitucionalidad frente al artículo 13 de la ley 153 de 1887, el cual rezaba que la costumbre hace parte del derecho, además la Corte Constitucional concluye que la moral y el derecho van íntimamente ligados y no pueden separarse.

"El derecho y la moral. - Son innumerables los puntos de contacto entre estas dos disciplinas -puntos de contacto que se convierten a veces en puntos de razonamiento-: emanan una y otra, de la conciencia humana; son ambas productos sociales; tratan igualmente de suministrar al

hombre una dirección, una línea de conducta. Son incesantes los servicios que se prestan mutuamente; de una parte, las reglas del derecho son, en su casi totalidad, tomadas a préstamo de la moral, hasta el punto de que el derecho no es sino la moral en la medida en que ésta reviste carácter obligatorio; por otra parte, ocurre que la ley positiva ejerce una repercusión sobre las costumbres de un país; hay leyes que son moralmente saludables y otras que son perniciosas: la famosa frase: *quid leges sine moribus?* es tan solo una verdad relativa. Entre el derecho y la moral, las afinidades son, pues, ciertas y su interpenetración es permanente y profunda". ("Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa - América, Bs. Aires, 1952, Tomo I, vol. I, pág. 5).)". (Corte constitucional 05 de mayo de 1994, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía)

Por costumbre, podemos entender aquellos actos que realiza el ser humano de manera reiterativa por cierto periodo de tiempo y que una vez las personas los van ejecutando y haciendo parte de su diario vivir, se van convirtiendo en una costumbre, y es determinada como buena, porqué al ejecutarse el conglomerado lo ve como un comportamiento correcto y aceptable, y es benéfico a sus intereses personales y sociales.

“En sí, son formas y maneras de comportamiento de las personas en cualquiera de los escenarios cotidianos de la vida en sociedad. También suele decirse que son buenas costumbres las formas de ser de las personas que hacen de sí, su estima y ponderación que los ubica dentro del contexto social como personas distintas entre ellas pero que, al mismo tiempo, en su conjunto conforman identidad ciudadana, regional o nacional, según corresponda a una época y a un momento determinados en un espacio geográfico establecido. Las buenas costumbres se basan sobre todo en la armonía que deben tener las personas con y entre sus semejantes, procurando hacer respetar los derechos de los unos y de los otros, así como, contribuir para que la persona cumpla con sus obligaciones, todo con la finalidad de mantener una convivencia pacífica. Esto quiere decir que la costumbre también como en el caso del orden público tiene el sustento de los valores dentro del campo de la deontología”. (Velarde)

El orden público es aquella “situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades”. (Real Academia Española). La doctrina se ha referido al concepto de diversas maneras. Así por ejemplo el profesor Fernández Novoa ha señalado que el “orden público debe ser concebido como el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo y en una época determinada”. En otras palabras, el orden público, podrá entenderse como el acatamiento de la

sociedad a unas leyes impuestas por el legislador y por la moral, con la finalidad de permitirle a las entidades públicas del estado, la protección de unos derechos humanos, permitiendo que exista paz y tranquilidad, además de que el interés público dependiendo de cada contexto histórico puede variar, y que lo que ayer se entendía fundamental para mantener la paz social, en la actualidad no se le da tal trascendencia.

CONCLUSIONES

Encontramos que la autonomía de la voluntad es un requisito esencial en la formación de los contratos y es de suma importancia que las personas que se vayan a obligar mediante una manifestación de voluntades, conozcan que la autonomía de la voluntad no es absoluta y debe ajustarse a unos límites legales y morales, dentro de esos límites legales en los cuales hace más ahínco nuestro trabajo encontramos unos requisitos que deben de surtirse para que la expresión de la voluntad tenga efectos jurídicos, entre ellos que debe de existir un consentimiento libre de vicios, un objeto y causa lícita y que la persona que se obliga sea jurídicamente capaz, es decir, que cuente con capacidad de ejercicio, además de que en algunos actos jurídicos se deben de cumplir unas solemnidades en donde se debe plasmarse el querer de quien se obliga y traíamos a modo de ejemplo, la escritura pública; pero qué pasa si no se cumple con estos requisitos, es donde devienen las sanciones al negocio jurídico establecidas en la legislación, las cuales son la inexistencia, ineficacia, nulidad o anulabilidad del acto.

La igualdad a la que nos hemos referido y que es uno de los postulados del que nace el principio que hoy estudiamos, se ve desdibujado en la actualidad con los contratos de adhesión, en los cuales una de las partes del contrato cuenta con posición dominante e impone los clausulados por los cuales se regirá el contrato a su conveniencia, sin que pueda discutirse sobre los mismos, viéndose de esta manera coartada la autonomía de la voluntad de los contratos. Si bien, se tiene la posibilidad de decidir sobre si se acepta o no dicho contrato, por la posición débil de la parte contractual y la necesidad insuperable de que se lleve a cabo, se termina por aceptar, aunque no produzca mayor beneficio. No con ello pedimos la intervención tajante del estado, entendiendo lo perjudicial de ello, pero podría darse una mayor fiscalización de las cláusulas abusivas de los contratos, ya que si bien, el usuario o cliente pueden poner en conocimiento estos abusos ante las diferentes Superintendencias o de la Jurisdicción Ordinaria, no todas las personas tienen los conocimientos necesarios para detectar este tipo de situaciones. Otro punto en desventaja es el factor económico, ya que no cuentan con la posibilidad de contratar a un profesional del derecho, para que les brinde una asesoría o los represente, es por ello la importancia de la

vigilancia por parte de las autoridades, frente a los contratos que se consideren de adhesión, evitando un desmedro de los intereses y principios del estado y de la persona, entendida como un receptorista de derechos y protección.

BIBLIOGRAFÍA

Cerra , E. P. (2017). De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia.

Corte Constitucional . (21 de octubre de 1998). *Corte Constitucional*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-597-98.htm>

Corte Constitucional . (11 de diciembre de 2013). *Corte Constitucional* . Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm>

Corte Constitucional . (24 de mayo de 2017). *Corte Constitucional* . Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-345-17.htm#:~:text=La%20inexistencia%20se%20produce%20en,se%20cumple%20un%20requisito%20o>

Corte Suprema de Justicia . (10 de abril de 1936). *Corte Suprema de Justicia* . Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/09/ACTOS-INEXISTENTES-Y-ACTOS-NULOS-DE-PLENO-DERECHO.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (27 de noviembre de 2017). *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bnov2017/BOLETIN%20SENTENCIAS%20-%20NOVIEMBRE%2011%202017.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (27 de septiembre de 2017). *Corte Suprema de Justicia*.

Espinoza Fritas , R. M. (22 de noviembre de 2016). *slideshare* . Obtenido de <https://es.slideshare.net/RaphaelMartinEspinoz/autonomia-de-la-voluntad-69379174>

Garcés Vásquez, P. A. (2014). *Institución Universitaria de Envigado* . Obtenido de <https://www.iue.edu.co/portal/documentos/fondo-editorial/ElConsentimiento-Suformacionyvicio.pdf>

Machicado , J. (2013). *Apuntes Jurídicos* . Obtenido de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/sol.html>

Montoya , C. (2012). *Universidad Santo Tomas*. Obtenido de Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación : <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2508>

PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN DE NULIDAD DE NEGOCIO JURÍDICO QUE HAYA SIDO CONSENTIDO POR LA FUERZA, EN CÓDIGO DE COMERCIO, D-9661 (Corte Constitucional 11 de diciembre de 2013).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA . (s.f.). *ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA* . Obtenido de <https://dle.rae.es/autonom%C3%ADa#Ewm7ro3>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f.). *ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA* . Obtenido de <https://dle.rae.es/contrato>

SHINA, F. (7 de FEBRERO de 2020). *SAIJ* . Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/fernando-shina-autonomia-voluntad-como-regla-contrafactica-derrumbe-derecho-privado-tradicional-dacf200015-2020-02-07/123456789-0abc-defg5100-02fcanirtcod?&o=56&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20ci>

Torres Benjumea , R. A. (2017). *Universidad Santo Tomás de Aquino* . Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/9687/1/TorresRicardo2017.pdf>

Uribe Vargas , H. (junio de 2010). Obtenido de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/abejarano-la-ineficiencia-del-negocio-juridico-en-el-derecho-privado-colombiano%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/abejarano-la-ineficiencia-del-negocio-juridico-en-el-derecho-privado-colombiano%20(3).pdf)

Velarde, B. Z. (s.f.). Obtenido de http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2003/Contenido_03.pdf