

# De la autonomía de la voluntad:

noción, limitaciones y vigencia

*Of the autonomy of the will:  
Notion, limitations, and validity*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1661>

## Resumen

En el texto del presente documento se tratará el concepto y antecedentes del principio de la autonomía de la voluntad con el propósito de demostrar su vigencia y aplicabilidad actual en el derecho privado colombiano. De igual forma, se expondrá y explicará la cláusula general responsabilidad civil contractual de los particulares, establecida en el famoso artículo 1602 del Código de Bello de 1873, contentiva, además, del principio a que hacemos referencia en el título del presente ensayo, para concluir en su plena vigencia y utilidad.

Debe observarse que no es propósito de este artículo agotar el estudio del tema, por cuanto dicha pretensión requeriría de un mayor número de páginas, así como otro escenario académico diferente al que hoy nos convoca. Se intenta, más bien, introducir al lector en este apasionante mundo jurídico de la teoría general del negocio jurídico y, en particular, en la teoría del contrato como noción básica y fundamental de la teoría general de las obligaciones civiles.

**Palabras clave:** contrato, riesgo, negocio jurídico, rescisión, régimen, cláusulas, autonomía, derecho, objetivo, causa, efecto jurídico y resolución.

## Abstract

In this document, we will discuss the concept and background of the principle of the autonomy of the will with the purpose of demonstrating its validity and current applicability in Colombian private law. Likewise, we will explain the general contractual liability clause of individuals, established in the famous article 1602 of the Code of Bello of 1873, in addition to the principle to which we refer in the title of the present essay, to conclude in full force and utility.

It should be noted that it is not the purpose of this article to exhaust the study of the topic since such a claim would require a more significant number of pages, as well as another academic scenario different from the one that today calls us. Instead, it tries to introduce the reader into this exciting legal world of the general theory of legal business and, in particular, in the theory of contract as a fundamental notion of the general theory of civil obligations.

**Keyword:** contract, risk, legal business, rescission, regime, clauses, autonomy, right, objective, cause, legal effect, and resolution.

**Eduardo Pablo Cerra**

*Universidad Libre seccional  
Barranquilla.*

Contacto: [eduardop.cerran@unilibre.edu.co](mailto:eduardop.cerran@unilibre.edu.co)

## Como citar:

Pablo Cerra, E. (2017). De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia. *Advocatus*, 2(29). <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1661>



## Open Access

### Recibido:

4 de enero de 2017

### Aceptado:

7 de marzo de 2017

### Publicado:

3 de julio de 2017

## Breve noción de obligación civil y sus elementos

Antes de entrar al concepto y noción básica de lo que significa para el derecho la autonomía de la voluntad, considero indispensable realizar un análisis, a manera de introito, del concepto de obligación civil.

Justiniano en sus *Institutas* definió la *obligación* de la siguiente manera: “Obligatio iuris est quo vinculum necessitatis adstrinyimur alicuyus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura”, lo que traduce que la “la obligación es un vínculo de derecho que nos constriñe a la necesidad de dar alguna cosa, conforme al derecho de nuestra ciudad”.

En este mismo sentido, el artículo 1495 de Código Civil, al definir el contrato o convención, establece que “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, señalando, en realidad, la definición de *obligaciones* más que la del contrato o convención.

De las definiciones antes anotadas, observamos que se desprenden tres elementos *sine qua non* que caracterizan la obligación civil, sin los cuales difícilmente podría denominarse tal. Estos elementos característicos del concepto de obligación son:

1. *Sujetos de la obligación.* Que en la estructura de una relación obligacional son dos (2), y podrían, inclusive, llegar a ser tres (3): el Sujeto Activo, que recae en la persona del CREDITOR o ACREEDOR, que es en quien en su favor recae el derecho crediticio; el Sujeto Pasivo, que recae en la persona del DEUDOR o DEBITOR, y quien debe ejecutar su conducta con el propósito de favorecer siempre el derecho de crédito del acreedor, aun por encima de su propio derecho; y, eventualmente, un tercer sujeto dentro de la relación obligacional denominado TERCEROS, que podría recaer en la persona del fiador, garante o cualquier otro tercero en quien la obligación le resulte oponible.
2. *Objeto de la obligación.* Que consiste en la prestación que debe ejecutar el deudor en favor de la persona del acreedor y que en los términos del citado artículo 1495 de la codificación civil colombiana consiste en una obligación de dar, hacer o no hacer. A este elemento se le contrasta el Contenido de la Obligación, y que para nada se trata de la prestación misma, sino más bien de la forma como se encuentra reglada por las partes o por la ley el vínculo obligacional. Es decir, el contenido de la obligación hace parte de la forma como las partes, o el ordenamiento, han dispuesto el cumplimiento de las prestaciones de conformidad con la satisfacción de sus intereses.
3. *La relación jurídica.* Este tercer y fundamental elemento se encuentra constituido por el vínculo de derecho (“vinculum iuris”), que es precisamente la ligadura o atadura que supedita a la persona de deudor para realizar una determinada conducta (activa u omisiva) a favor del creditor y que se encuentra amparada o respaldada por el ordenamiento jurídico.

Esta ligadura imaginaria que los vincula jurídica y conceptualmente, en los orígenes del derecho romano, lo era también material y física, hasta el punto en que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor podía disponer aun de la vida misma de su deudor; circunstancia, por demás, proscrita en el derecho occidental moderno.

Ahora bien, siendo los tres elementos antes mencionados como característicos e indiscutibles de toda obligación civil, destacamos el tercero de ellos como el más importante, por cuanto en él se encuentra el verdadero fundamento jurídico del vínculo o *nexum* obligacional, es decir, la razón por la cual el deudor debe preferir el interés ajeno antes que el propio es precisamente porque una norma jurídica le manda a ejecutar determinada conducta o comportamiento en satisfacción de la obligación adquirida.

En este orden de ideas, el profesor Manuel Bejarano Sánchez sostiene que:

[...] la doctrina alemana ha penetrado la naturaleza de la obligación y sostiene que la coacción no es un elemento de ella, sino una consecuencia de la responsabilidad nacida del incumplimiento de la obligación. Los autores distinguen: la obligación en sí misma, el débito (al que denominan SCHULD), de la responsabilidad causada por el incumplimiento de aquella (HAF-TUNG), responsabilidad que da paso a la coacción. [...] Ahora bien, si no es la coacción, ¿cuál es la cualidad distintiva de la relación jurídica? Para esta teoría

*lo que caracteriza a la obligación es que consiste en una relación creada por la norma de Derecho: Decir que alguien está obligado es decir que el Derecho le manda alguna cosa (se destaca extra texto) (Bejarano Sánchez, 1984, p. 15).*

Es por ello, y gracias a la norma jurídica, que la relación jurídica es un vínculo o atadura, como se ha dicho, reconocido, sancionado y respaldado por el derecho objetivo, en el que se faculta al acreedor, o sujeto activo de dicha relación, a obtener y exigir del deudor el cumplimiento de la prestación de manera voluntaria por parte de este (débito) o, ante su renuencia e indisciplina, exigir el cumplimiento por vía jurisdiccional (responsabilidad).

Es precisamente por la razón antes anotada que dentro de las fuentes de las obligaciones se distinguen, entre otras, aquellas que nacen del negocio jurídico y otras tantas que surgen de la responsabilidad civil, entendiendo, pues, que una cosa es la obligación surgido del contrato (*perpetuatio obligationis*) que deberá ser atendida voluntariamente por el deudor, y otra, muy diferente, la obligación nacida ante el incumplimiento prestacional del contrato por parte del deudor (*aestimatio pecunia*) que será atendida forzosamente, ejecutiva y judicialmente.

No centraremos, a continuación, en el análisis de la autonomía de la voluntad como regla de creación del negocio jurídico y el análisis de la tripartición de la culpa en la responsabilidad civil contractual de los particulares.

## De la autonomía de la voluntad

Iniciemos este acápite con una premisa que pretenderá ser desarrollada: “la autonomía de voluntad, como regla de disposición de intereses particulares o civiles, hunde sus orígenes en liberalismo político decimonónico, y no en el derecho romano”.

La gran mayoría de los autores iuscivilistas coinciden en señalar que el concepto de obligación, es decir, lo que hoy entendemos por vínculo jurídico entre dos o más personas para el cumplimiento de una prestación determinada y/o determinable, surgió con el advenimiento de la sociedad esclavista, lo que significa que no existió desde los orígenes del ser humano en la tierra o, inclusive, en las sociedades comunales primitivas, sino más bien cuando el hombre empezó a relacionarse con sus semejantes con el evidente propósito de hacerse a la propiedad de bienes y servicios que le permitieran la satisfacción de sus necesidades.

El profesor Raymond Monier en su *Manual elemental de derecho romano* expresa que:

la obligación es una noción jurídica que presupone una civilización que tiene en cuenta, no solo el presente, sino también el porvenir: la noción de obligación implica una idea de previsión, de confianza, de crédito; no existe en los pueblos primitivos que aún no conocen más que los poderes inmediatos sobre las personas y que no utiliza más que los actos jurídicos destinados a producir un efecto inmediato. (Monier, 1954, p. 7)

Y en este mismo sentido, el profesor Fernando Hinestrosa advierte que:

el grupo humano primitivo difícilmente alcanza a satisfacer sus necesidades más elementales con el esfuerzo común impulsivo y disperso, lo que lleva a pensar en la ausencia de relaciones jurídicas entre sus miembros, distintas de las primarias tendencias a permitir la subsistencia de la especie. (Hinestrosa Forero, 2015, p. 46)

Lo que llama poderosamente la atención es que, siendo el concepto de obligación tan antiguo como la civilización misma, no lo es así el concepto de autonomía de la voluntad. Cualquier impróvido pensaría que la autonomía de la voluntad encuentra sus orígenes en el derecho romano, así como la encontró la noción y concepto de obligación civil. Nada más alejado de la realidad.

El derecho romano no era para nada consensualista, por el contrario, era un derecho eminentemente formalista. La autonomía de la voluntad se caracteriza, precisamente, por otorgar facultades o prerrogativas a las partes de un contrato para dictarse libremente sus propias reglas o formas negociales, en la medida en que dichas disposiciones contractuales no atenten contra el orden público y las buenas costumbres.

Al respecto, el antes citado tratadista Monier señala que:

en el derecho romano el simple acuerdo de voluntades no bastaba, en principio, para crear una obligación; era menester, además, un elemento material o forma-

lista o, cuando menos, que la convención entrara dentro del marco de los contratos consensuales expresamente reconocidos por el derecho civil. (Monier, 1954, p. 32)

De igual forma, Louis-Lucas expresa que:

en el curso de una primera fase –la de los orígenes, con el antiguo derecho– caracterizada, con sus variantes, por el formalismo, la obligación contractual es en realidad de origen religioso, místico y ritual. La persona se obliga menos porque tenga la voluntad de obligarse, y más movida por otra voluntad sostenida por una fuerza superior misteriosa, porque va acompañada de la pronunciación de ciertas palabras y el cumplimiento de ciertos actos. La voluntad está subyacente en el compromiso. Es necesaria, pero no suficiente. No se le tiene confianza. Es un valor individual y psicológico, pero no un valor social y jurídico. (Louis-Lucas, 1937, p. 470)

En igual sentido, el doctrinante Fernando Jiménez Valderrama sostiene:

[...] el vínculo tenía que surgir a partir de la realización de fórmulas sacramentales que justificaban el sometimiento de un sujeto a otro. Inicialmente el vínculo jurídico surgía a partir de la realización de la ceremonia “per aes et libram”, por la cual un sujeto libre manifestaba su voluntad de obligarse, comprometiéndose a la realización del comportamiento respectivo, a riesgo de que, en caso de incumplimiento, se viese sometido a la potestad del acreedor, a través de la

denominada “manus iniectionis”. De esta manera el derecho romano establecía un mecanismo jurídico válido, que justificaba por un lado la existencia de ese vínculo entre dos sujetos y, también, la posibilidad de ejercer un poder para forzar el cumplimiento del compromiso adquirido. (Jiménez Valderrama, 2015, p. 5)

Ahora bien, si la autonomía de la voluntad, tal como la conocemos hoy, no surgió en el derecho romano, como sí nacieron el concepto de obligación y el de sus fuentes primigenias<sup>1</sup>, entonces, ¿de dónde deviene su origen?

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.

El concepto racionalista del individuo y su proyección en campo jurídico resulta trascendental

<sup>1</sup> Contrato y delito (*Vertrag und Unrecht*) son las fuentes primigenias históricamente hablando de la obligación civil. En este punto el profesor Hiestrosa sostiene “bastante se ha debatido acerca de cuál fue la primera fuente de obligaciones, si el acto lícito de dispositivo de intereses (a la postre el *contractus*) o el acto ilícito nocivo (maleficio, *delictum*), habiendo prevalecido en un principio la tendencia a considerar al delito como el hecho que primero generó un deber de prestación. Sin embargo, hoy predomina, con fundamento holgado, la opinión de que fue el contrato y no el delito la fuente primaria de las obligaciones, toda vez que este último, en esa condición de hecho generador de obligaciones, implica, de suyo y por sí mismo, el deber de resarcir el daño causado, pero sin tener en cuenta que a este mecanismo no llegó la especie sino luego de una evolución lenta, que presupuso el paso de la reacción originaria ante la ofensa, en un principio desorbitada, sin medida a su posterior temperamento o limitación, esto es, al *Talio*, para, solo mucho más tarde, desembocar en la *compositio*, que ciertamente es un contrato, y luego en una pena pecuniaria tarifada por la ley, que fue un anticipo de la verdadera responsabilidad patrimonial” (Hiestrosa Forero, 2015, pp. 48 y 49).

en la medida en que esta corriente filosófica desarrolló el postulado de la autonomía de la voluntad con el más amplio de los criterios.

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” (Bobbio, 1992, pp. 85-88).

En palabras del citado Bobbio, el concepto de libertad definido por el liberalismo político carece de todo contenido sustancial, ya que actúa o trabaja como una especie de “no opresión”, dado que es el individuo, el hombre, el ser humano libre a quien compete, que no a ley, la determinación de tales contenidos, en la medida, claro está, en que dichos contenidos normativos no atenten contra la ley universal.

Para Kant, toda norma moral que regule las relaciones humanas debe derivarse de la ley denominada “imperativo categórico”, que expresa la obligación de actuar de manera tal que la máxima o norma concreta del obrar de cada persona, en cualquier circunstancia, no contradiga la ley universal.

Cada persona debe actuar convencida de que esa es la forma en que querría que los demás obrasen con ella, en una circunstancia semejante. Es así que la autonomía posibilita al hombre su esencia, expresada en su acción personal, como resultado de su deliberación y decisión.

Esto es lo que hace del hombre una persona y su dignidad, la posibilidad de darse a sí mismo sus propias leyes y que de acuerdo a ellas se autogobierne, constituyéndose en autor de su propia vida por el ejercicio de la libertad en lo que respecta a determinar lo que considera mejor para sus intereses humanos.

Debe recordarse que, históricamente, el liberalismo surge entre los siglos XVIII y XIX como una forma de rechazo a la autoridad política de ese entonces sobre el individuo en la determinación de sus intereses económicos y aun familiares o personales<sup>2</sup>.

Fue precisamente bajo esta concepción autonómica de la libertad en el individuo que se basaron los revolucionarios franceses de 1789, sino también el emperador Napoleón Bonaparte al ordenar y encomendar la redacción del Código Civil de 1804 (aún vigente en territorio galo).

El profesor Barrera Tapias observa al respecto que:

bajo esta filosofía, el Código de Napoleón buscó garantizar al máximo la autonomía de la libertad privada, y sus normas estaban encaminadas a desempeñar un

<sup>2</sup> No obstante, haber sido desarrolladas las teorías liberales en épocas decimonónicas, es posible encontrar antecedentes someros o superficiales en el pensamiento occidental humanista Renacentista que le precedió a dichas teorías (el Renacimiento); y particularmente nos referimos a la doctrina del “libre examen” que opuso la reforma protestante frente a la autoridad que se arrogaba la Santa Iglesia Católica en la interpretación y anuncio de las Escrituras Sagradas. “El libre examen coloca al creyente frente a los Textos Sagrados en la misma situación en que ha de encontrarse el individuo en general, como sujeto de conocimiento frente a la Naturaleza. Los Sagrados Textos, como el libro de la Naturaleza, están abiertos ante la razón del individuo, y sólo mediante ella puede alcanzarse su contenido [...]” (Ayala, 1963, p. 106).

papel meramente pasivo: verificar la existencia de las manifestaciones de voluntad, interpretarlas cuando fueron oscuras y sancionar por la fuerza su incumplimiento. (Barrera Tapias, 2004, p. 22)

Fue así, pues, como *Le Code Civil* francés estableció en su artículo 1134 la famosísima cláusula legal de la autonomía de la voluntad que a la letra reza: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que dans leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

Y que en nuestra codificación civil corresponde a los famosos artículos 1602 y 1603, que establecen, respectivamente:

-Todo contrato legalmente celebrados es una ley para los partes, y no podrá ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

-Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

De los anteriores enunciados legales podemos establecer, a modo de conclusión, que la autonomía de la voluntad es el poder de que gozan las partes contratantes para dictarse sus propias reglas y disposiciones contractuales, que se constituirán de obligatorio cumplimiento para las mismas.

La anterior definición, implica, por antonomasia, que la autonomía contractual se constituye en un verdadero y auténtico poder normativo de que gozan las partes para reglamentar su relación jurídico patrimonial, bien creando, ora modificando, o, incluso, extinguiendo su vínculo jurídico patrimonial.

En concordancia con la definición que se acaba de exponer, el artículo 864 del Código de Comercio colombiano de 1971 establece en su definición de contrato que:

*El contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídico patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta. [...]³. (Cursivas y subrayas son mías)*

### **De las limitaciones al ejercicio de la autonomía contractual**

Podría pensarse, de lo hasta aquí expuesto, que el principio de la autonomía privada es un derecho sin límites, absoluto, que no admite excepciones o limitaciones en contrario.

3 Esta definición corresponde, según Massimo Bianca, al artículo 1321 del Código Civil de la República de Italia. “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. En estos términos está prevista y definida la figura del contrato por el Código Civil italiano, que dispone una disciplina contractual general y una disciplina específica de los tipos singulares de contrato (compraventa, permuta, etc.). El contrato entra en la categoría más amplia del acto de autonomía privada o negocio jurídico, o sea *del acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica*” (se resalta) (Bianca, 2007, pp. 23 y 24).

Ciertamente, admite y reconoce límites como todo derecho o prerrogativa de carácter relativo.

La autonomía de la voluntad es una potestad que, como la gran mayoría de los derechos del ser humano, admite limitaciones o excepciones que restringen su alcance, con el único propósito de no hacerlo un derecho absoluto.

En efecto, el artículo 16 del Código Civil colombiano establece que: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesadas el orden [público] y las buenas costumbres”.

Un primer freno al ejercicio de la autonomía contractual lo vemos en este artículo citado en el que se advierte que las partes de un contrato pueden, inclusive, disponer lo contrario a lo señalado en las normas del Código Civil, teniendo en cuenta que dichas disposiciones tienen carácter supletivo, que no imperativo, es decir, que son regulaciones normativas establecidas por el legislador para aquellos eventos en los que las partes no dispongan nada o dispongan poco respecto de su relación contractual.

Vemos, por ejemplo, que el artículo 1604 *ibidem*, cuando establece las reglas de repartición de la culpa contractual en razón de utilidad que el deudor tenga en el contrato, en virtud del principio de la *utilitas contrahentium*, señala en su último inciso “[...] *Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes*” (se resalta), dando a entender expresamente que la regulación allí prevista es aplicable solo ante el silencio de las partes, lo que significa que de establecer reglas

diferentes en el contrato, aun contrarias a las previstas en la norma citada, se aplicarán de preferencia las disposiciones contractuales.

Así mismo, el artículo 2247 *in fine* establece, respecto de la responsabilidad del depositario, que “las partes podrán estipular que depositario responda de toda especie de culpa. A falta de estipulación responderá solamente de la culpa grave”, señalando expresamente que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden establecer regulaciones contractuales, aun diferentes a las previstas por el legislador en el Código Civil colombiano.

Pero esa facultad, encuentra freno, como ya se advirtió en las normas de orden público, que sí tienen el carácter de reglas imperativas. Es decir, que las partes pueden disponer lo que quieran en su relación jurídico patrimonial siempre y cuando no atenten contra las normas de orden público, por ser disposiciones que exceden el interés particular e irradian hacia el interés común o social.

Puede verse, *verbi gratia*, que el artículo 4° de la Ley 1480 de 2011<sup>4</sup> señala expresamente que: “Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. *Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita*, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley. [...]” (se destaca extra texto).

En el mismo tenor, el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012<sup>5</sup> ordena que:

4 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

5 Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

*Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.*

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

*Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas (destacado es mío).*

Como puede observarse de las normas citadas, el legislador, desde 1873, año en que se expidió nuestro Código Civil, ha sido supremamente celoso con las limitaciones al derecho que tienen los contratantes de darse sus propias formas y reglas contractuales, impidiéndoles que establezcan disposiciones que atenten contra las normas de orden público, en la que se encuentra incluida, por supuesto, la Norma de normas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política.

Pero dicha facultad que titula este ensayo no solo encuentra restricciones en las normas de orden público o en las buenas costumbres, tal como lo

advierte el antes citado artículo 16 del C.C., sino que también encuentra rienda, aun cuando las partes se hayan dado sus propias reglas contractuales, en la teoría de la imprevisión, aplicable a toda clase de contratos de tracto sucesivo<sup>6</sup>, y por virtud de la cual ninguna de los extremos negociales está obligado a continuar con la ejecución del contrato cuando circunstancias extraordinarias e imprevistas, no imputables a quien la alega<sup>7</sup> y surgidas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, alteran el equilibrio económico del contrato, llevándolo a un punto en que resulta excesivamente oneroso<sup>8</sup> haciendo que el contrato pierda todo sentido y finalidad para aquel a quien se le quebró la ecuación contractual.

En esta hipótesis, la ley comercial<sup>9</sup> autoriza a la revisión judicial del negocio jurídico con el propósito de que sea el juez el que ordene los reajustes a que hubiere lugar o, en de no ser posible, decrete la terminación del vínculo obligacional.

6 Aquellos cuya ejecución se prolonguen en el tiempo y en el espacio, como por ejemplo los contratos para la ejecución de una obra material.

7 Este condicionamiento viene dado por la regla jurídica del "nemo auditur propiam turpitudinem allegans", en virtud de la cual nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o culpa. En este sentido, si uno de los contratantes dio lugar, por su conducta imperita, negligente o dolosa, a que se quebrara el equilibrio económico de la relación jurídica patrimonial, mal podría alegar su torpeza para beneficiarse de ella. Es por ello que en el principio de la imprevisión se exige, siempre, que los hechos que dieron lugar al rompimiento de la ecuación contractual no sean imputables a aquel que los alega.

8 Este condicionamiento viene dado por el aforismo jurídico "Impossibilium nulla obligatio" que traduce "a lo imposible, nadie está obligado" y que tiene que ver con la imposibilidad de cumplir.

9 El inciso segundo del artículo 868 del Código de Comercio de 1971 establece que ante la ocurrencia de circunstancias imprevistas que alteren el equilibrio negocial: "El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato".

Finalmente, es el mismo artículo 1602 citado, no obstante establecer al contrato como ley para las partes, por cuanto fueron ellas quienes consintieron en la celebración del vínculo, el que establece en su segunda parte que podrá ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales.

Por tratarse el presente ensayo referido a la aplicación del principio de la autonomía contractual en el ordenamiento colombiano describiremos, de manera exclusiva, la terminación del ligamen obligacional por motivos de las partes y no por causas legales.

### **Disolución del negocio jurídico por consentimiento mutuo**

Obsérvese que la expresión utilizada por el legislador en el 1602 es “[...] y no puede ser *invalidado* sino por consentimiento mutuo o por causas legales” (se resalta), cuando en realidad debió usar la expresión disolución o terminación, en lugar de invalidez, por la sencilla razón de que este último término jurídico hace referencia a la terminación del vínculo negocial por causales de ilegalidad del acto jurídico, es decir, no porque las partes lo hayan querido, sino porque el contenido mismo del acuerdo de voluntades lesiona el ordenamiento jurídico a punto tal que requiere una declaratoria, de plano o jurisdiccional, de invalidez del mismo.

El citado profesor Bianca, respecto del concepto de invalidez, sostiene:

en general, la invalidez es la irregularidad jurídica del contrato que comporta la

sanción de su ineficacia definitiva. Tal sanción puede ser automática o de aplicación judicial. La categoría de la invalidez comprende la nulidad, la anulabilidad y la rescindibilidad del contrato. En todas estas formas de invalidez el contrato presenta una irregularidad, más o menos grave, es decir, una inobservancia de normas jurídicas que se traduce en la calificación negativa del contrato. (Bianca, 2007, pp. 631 y 632)

No obstante lo anterior, las partes se reservan el derecho a deshacer o disolver la relación jurídico patrimonial de la misma manera como le dieron nacimiento, esto es, a través de un acuerdo de voluntades, y dicho se constituye en un verdadero contrato. No debe perderse de vista que el Código de Comercio, al definir la noción de contrato, establece, en el ya citado artículo 864, que es una manifestación de dos o más voluntades tendientes a crear, regular o “*extinguir* entre ellas una relación jurídico patrimonial” (se resalta).

Esto significa que, a través de la figura jurídica del contrato, las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía privada, no solo crean obligaciones entre ellas, sino que también pueden regular o modificar las existentes, y aún más tienen la potestad de extinguirlas.

En este mismo sentido, el artículo 1625 del Código Civil, al regular los modos de extinguir la obligación, señala en su primer inciso que “toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de los suyos, consienten en darla por nula”.

A este modo de extinguir las obligaciones, la jurisprudencia nacional le ha denominado “mutuo disenso” o “distracto contractual” y la jurisprudencia foránea simplemente “resiliación del contrato”.

La Corte Suprema de Justicia, respecto de dicha figura, ha señalado que:

el Código Civil consagró como el modo por antonomasia de extinción de toda obligación el negocio jurídico [...]. Este negocio o convención ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia con la expresión de mutuo disenso. [...] Las cosas en el derecho se deshacen como se hacen. Ahora bien, el mutuo disenso puede ser expreso o tácito, siguiendo los principios que sobre el particular rigen en punto a la formación del contrato, vale decir, respetando las formas y solemnidades consagradas por el legislador como requisito para la validez del negocio jurídico. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de diciembre de 1982)

De igual forma, en providencia posterior advirtió:

la primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan mutuo disenso o distracto contractual, es la prerrogativa que le asiste a las partes, *fundada en la autonomía de la voluntad*, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, [...] La disolución del contrato por mutuo disenso

puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito (se resalta extra texto). (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de julio de 1985, P. 125)

### A modo de conclusión

Como puede notarse, de lo hasta aquí expuesto, el principio de la autonomía privada, entendido como la facultad de que disponen las partes en una relación jurídica obligacional para dictarse sus propias normas contractuales, tiene plena vigencia y aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que dichos acuerdos, por supuesto, no atenten contra el orden público y las buenas costumbres.

Es instrumento jurídico absolutamente indispensable y útil por cuanto les permite a las partes establecer sus formas dependiendo las particularidades de las necesidades que se pretenden satisfacer con la celebración del vínculo jurídico. Nadie más conoce las carencias y objetivos que se buscan lograr con el acuerdo de voluntades más que las partes, y en este sentido el ordenamiento las reviste de plenas potestades para que sean ellas quienes reglen de mejor manera el contenido prestacional.

Es tan importante este principio que, incluso, la ley de contratación estatal colombiana (Ley 80 del 28 de octubre de 1993) permitió su incorporación en las relaciones contractuales regidas por dicho estatuto.

Fue así como el artículo 40 *ibidem* estableció que:

Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles,

comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración". (destacado extra texto)*

No hay otra forma, pues, más eficiente de permitir una mejor aplicabilidad de la figura del negocio jurídico, como instrumento de satisfacción de necesidades de las partes y de apropiación de recursos privados y públicos, que dándole a los contratantes la prerrogativa de dictarse sus propias reglas jurídicas, con los condicionamientos antes expuestos, lo que constituye verdadera Autonomía de la Voluntad.

## Referencias

- Ayala, Fr. (1963). *El problema del liberalismo*. San Juan de Puerto Rico: Ediciones Universidad de San Juan de Puerto Rico.
- Barrera Tapias, C. D. (2004). *Las obligaciones en el derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico*. (2.<sup>da</sup> ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil. El contrato. Tomo 3*. (2.<sup>da</sup> ed.). Trads. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortes. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 16 de julio de 1985, *Gaceta*, CLXXX, 125. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 1982. *Gaceta*, CLXV, 341. Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico. Vol. I*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Jiménez Valderrama, F. *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. 1.<sup>ra</sup> ed. Bogotá: Legis.
- Louis-Lucas, P. (1937). *La autonomía de la voluntad en el derecho privado y en el derecho internacional privado*. En *Estudios Henry Capitant*. París.
- Monier, R. (1954). *Manuel Élémentaire de droit romain. Les Obligations*. Domat-Monchrestien. D'édition 5<sup>a</sup>. Printed in France (Paris).