

LA VOLUNTAD: FUNDAMENTO DEL NEGOCIO JURÍDICO

Fernando Montoya Mateus

INTRODUCCIÓN

DENTRO DE LA CONCEPCIÓN clásica del negocio, los elementos característicos de éste se fundamentan en el hecho de que el negocio es la obra exclusiva de la voluntad de su autor o de sus autores. Lo anterior se manifiesta a través de un principio fundamental que los tratadistas clásicos yerquen en dogma universal: el principio de la autonomía de la voluntad.

La constante evolución de las instituciones jurídicas ha sido testigo, en su discurrir, de innumerables atentados y ataques a la autonomía de la voluntad. Los autores modernos han cuestionado sin tregua este principio y han llegado inclusive a negarlo en tanto que fundamento del negocio, reduciendo así considerablemente su papel. Esto último es a todas luces excesivo habida cuenta que si bien la voluntad no juega el mismo papel que se le atribuyó en la concepción clásica, sin ella no podemos hablar con propiedad de “negocio” y es por consiguiente imposible negar que el negocio descansa sobre un acto de voluntad. En efecto, una cosa es considerar al negocio jurídico como una manifestación de voluntad con efectos jurídicamente relevantes y otra admitir que la voluntad del individuo no deba tener ningún límite hasta chocar con la de otro individuo; de hecho pueden existir otros límites y el negocio no deja de ser sin embargo un acto de voluntad.

Independientemente del problema del papel más o menos importante de la voluntad en el negocio jurídico, ya sea en cuanto a su formación, su contenido o sus efectos, es necesario precisar en forma previa la noción, pues es perfectamente posible que se dé una discordancia entre el acto de volición del individuo, lo que es una situación de orden psicológico y por consiguiente difícil de conocer, como todo aquello que pertenece al fuero interno, y la manifestación de la voluntad, es decir, su exteriorización. Por lo anterior es menester, entonces, determinar así mismo el valor de la voluntad según sus alcances y sus límites.

I. CONCEPTO DE VOLUNTAD

ES PRECISO DETERMINAR lo que es con exactitud la voluntad para el derecho, pues su manifestación exterior debe estar destinada a producir efectos jurídicos a fin de hablar con propiedad de negocio jurídico. Es evidente que la voluntad en el negocio jurídico es ante todo una expresión; es necesario que dicha voluntad sea percibida a través de una manifestación exterior. Ahora bien, ocurre con alguna frecuencia que la manifestación o expresión externa no corresponde exactamente a la voluntad real del individuo, esto es, a lo que él quiso en su fuero

interno, lo que no está libre de inconvenientes. De manera inevitable nos surge el interrogante de saber cuál debe primar, ¿la voluntad real o aquella que se manifestó? Así mismo suele ocurrir que la voluntad de aquél que celebra un negocio jurídico no sea la suya propia, habida cuenta de que actúa por cuenta de otro individuo; nos encontramos entonces frente a la representación en donde es útil precisar quién ha celebrado el negocio y sobre quién recaen sus efectos. Para una mejor comprensión de los problemas que plantea la noción de voluntad y de los desarrollos posteriores de este modesto estudio, en esta materia es indispensable recordar algo de historia.

A. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

LAS DOS CARACTERÍSTICAS del negocio y por ende del contrato, esto es la de ser un instrumento de circulación de la riqueza y una manifestación de voluntad, no han tenido la misma importancia en todas las organizaciones sociales; en las sociedades primitivas había negocio siempre y cuando se respetaran determinadas formalidades o rituales cuyo origen fue frecuentemente religioso o sacramental. En este caso, la fuerza del contrato, por ejemplo, provenía mucho más del cumplimiento del ritual o de la formalidad que de la real intención de las partes. Así sucedió durante el período primitivo del derecho romano, el cual necesitó de mucho tiempo para desprenderse de ese formalismo. Esto no quiere decir que el formalismo sea la antítesis de la voluntad como justificación del contrato. En efecto, en un estadio más evolucionado de civilización el formalismo va combinado con la voluntad, y se exige tanto la voluntad como el respeto de ciertas formalidades. Así por ejemplo, hoy en día la ley puede exigir el cumplimiento de ciertas formalidades tales como la celebración del negocio ante notario o el registro de ciertos actos, destinados a producir determinados efectos jurídicos, so pena de nulidad o de ineficacia, esencialmente con miras a que el derecho que por el acto se crea o se transmite produzca efectos respecto de terceros. Aquí la necesaria protección de la voluntad no desaparece por el solo cumplimiento de la formalidad exigida.

El respeto de las solemnidades requeridas no sana, no enerva el vicio del que pueda adolecer el negocio jurídico, aun cuando dicha solemnidad tenga por finalidad la protección del consentimiento del individuo o individuos que tuvieron parte en el acto. Esto último resalta y pone en evidencia nuestra afirmación en el sentido de que el formalismo no es la antítesis de la voluntad. En los sistemas jurídicos modernos los objetivos del formalismo son diversos, de tal suerte que el no respeto de los mismos acarrea diferentes sanciones o efectos.

Tan sólo en los sistemas jurídicos liberales, esto es, los que están fundados en economías de mercado, la voluntad está llamada a jugar un papel importante, si no primordial. Sólo en la medida en que el liberalismo económico en determinados períodos de la historia de la humanidad ha perdido terreno, la autonomía de la voluntad ha cedido como eje central en la formación, el contenido y los efectos del negocio jurídico.

Si el liberalismo económico es una condición *sine qua non* del desarrollo de la voluntad y de la fuerza obligatoria de las obligaciones (*pacta sunt servanda*), por el respeto de la palabra dada, ella no es sin embargo una condición suficiente. Este es el caso de nuestro derecho civil y, en general, de las codificaciones de

estirpe napoleónica, en donde el negocio está fundado en la autonomía de la voluntad dentro del respeto de las disposiciones de orden público.

En el derecho consuetudinario o *common law* el liberalismo económico no ha llevado la voluntad a ser la única justificación del negocio. En efecto, por razones históricas, allí el contrato o negocio se ha fundado sobre bases diferentes; esto obedece a que el derecho anglosajón se ha visto influenciado en menor grado por el derecho romano que los sistemas llamados de *civil law*. Allí la noción de negocio se ha visto diluida dentro de la noción de promesa (*promise*), la cual no existe y no es susceptible de obligar a su autor sino en la medida en que haya una *consideration*, es decir, una ventaja recibida por el autor de la promesa en compensación o contraprestación de la misma. Esto explica que en aquellos sistemas los contratos a título gratuito (*gratuitous promises*) tales como las donaciones no existan normalmente, o al menos cuando se trata de *simple* o *parol contracts*, esto es, de promesas no solemnes de ejecutar una prestación. En otros términos la voluntad (*promise*) no es el único elemento que permite colegir el contrato puesto que su fuerza ejecutoria (*enforceable*) no se da en ausencia de la *consideration*. He aquí algunas consideraciones técnicas que se agregan al liberalismo económico para determinar el fundamento de la fuerza obligatoria del negocio jurídico.

Hemos dicho que los pilares del principio de la autonomía de la voluntad son el liberalismo económico y el individualismo ideológico o filosófico; dicho de otra manera el principio de la autonomía de la voluntad es el punto de encuentro de esos dos pilares. En ese orden de ideas este principio supone que el intercambio económico se efectúa a través de concesiones recíprocas, así como que la voluntad es soberana en la producción del acto de autonomía privada, en la determinación de su contenido y en la de sus efectos, y nadie puede atentar contra ella.

Fueron los canonistas y los teólogos de la Edad Media, seguidos por los jusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII quienes precisaron en primer lugar los contornos del principio de la autonomía de la voluntad. El voluntarismo y el individualismo que le sucedieron son característicos del pensamiento de los intérpretes del Código de Napoleón, todo lo cual encuadraba muy bien con el liberalismo económico propio del siglo XIX. En ese entonces era comúnmente aceptado que la autoridad política no se inmiscuyera en el tráfico económico y por ende en el jurídico, que era dejado por completo a los particulares. Fácil resulta entonces comprender, en tales circunstancias, el valor de dogma del principio de la autonomía de la voluntad; es por esta razón que se revela indispensable colocar a dicho principio dentro del contexto social y económico en el cual encontró su desarrollo.

B. FUERO INTERNO Y MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

LA VOLUNTAD REAL ES lo que el individuo quiso en su fuero interno, lo que supone un análisis de orden psicológico; la manifestación de voluntad es aquella que se ha exteriorizado por cualquier medio, normalmente a través de palabras orales o escritas. Esta última es la única que puede ser conocida por los demás sin efectuar complejos análisis psicológicos. Cuando una y otra no corresponden debemos indefectiblemente tomar partido por una de ellas; si en la hipótesis de un contrato hacemos prevalecer la primera sobre la segunda, debemos anular el

contrato; en el caso inverso el contrato se mantiene pero tal vez nos encontremos frente a un vicio del consentimiento. La escogencia de una u otra dependerá de aquélla que sirva de fundamento del negocio. El Código de Bello y por consiguiente nuestro Código Civil se inspiraron en el Código de Napoleón de 1804, el cual se nutrió de la concepción individualista de la época, optando por la voluntad real, lo que obligaría al juez a buscarla. Por supuesto dicha concepción no estuvo al amparo de objeciones: la más elemental es la dificultad de determinar el contenido de algo que permanece en el fuero interno, en la oscuridad de la conciencia, y en consecuencia la inseguridad de las relaciones jurídicas que se deriva de su búsqueda.

Por lo anterior se ha querido hacer prevalecer la manifestación exterior de la voluntad, su expresión social, por existir para el individuo la obligación de manifestar con precisión y claridad su acto de voluntad habida cuenta de que él es el guardián de sus intereses, luego el llamado en primer lugar a protegerlos.

Sin embargo recordemos que el negocio jurídico es obra de la voluntad, luego las obligaciones que genera deben normalmente corresponder al acto volitivo, a lo que en realidad es querido por su autor. Dicha correspondencia entre la voluntad manifiesta y el fuero interno se presume que se realiza y plasma en el negocio jurídico y sólo puede desvirtuarse alegando y probando error sobre uno de los elementos del negocio. Además la ley estipula que todo error no es tomado en consideración y aquéllos que lo son deben reunir determinadas condiciones para invalidar el negocio (arts. 1509 a 1512 C. C. y Cas. de septiembre 29 de 1935, XLIII, 138). Esta es pues la armonización y conciliación que realiza el derecho positivo entre las dos posiciones.

C. LA REPRESENTACIÓN

EL ARTÍCULO 832 del Código de Comercio estipula: «Habrà representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos». En virtud de la representación, entonces, uno o varios negocios son celebrados por un individuo que actúa por cuenta de otro, el cual no determina sus efectos pero sí los soporta. La representación puede ser más o menos perfecta según si el representante celebra el negocio en su propio nombre o en aquel de su representado. El problema que plantea la representación es el de saber en qué medida el acto efectuado por el representante con un tercero produce su efecto creador de derecho en el patrimonio o en la persona del representado. La situación variará según que con todo y actuar por cuenta ajena el representante actúe en nombre propio o en aquél de su representado.

1. *Representación perfecta*

En este tipo de representación el representante actúa por cuenta y en nombre del representado, razón por la cual los efectos del acto realizado por el primero son directos y totales sobre el patrimonio y la persona del segundo, y el tercero con el que se efectúa el acto lo sabe. De hecho el acto no produce efecto alguno sobre la persona o sobre el patrimonio del representante, puesto que él interviene en la celebración del acto con el tercero pero una vez concluido el negocio su

actuación termina y en la relación jurídica surgida sólo se encuentran el representado y el tercero, salvo la hipótesis en que el representante se constituya en cualquier forma garante del representado en favor del tercero.

Nuestro Código de Comercio regula la representación en los artículos 832 y siguientes y el artículo 833 alude a este tipo de representación, aun cuando pareciera que la voluntad del legislador fuera la de referirse a la representación en general.

La representación perfecta tendría en primer lugar como fundamento una ficción en virtud de la cual, si bien el acto es celebrado por el representante, dicho acto se reputa haber sido efectuado por el representado. Esto es parcialmente exacto en la medida en que es respecto de este último que se vierten los efectos del negocio; sin embargo este fundamento no explica el papel de la voluntad del representante en la conclusión del negocio. Si decimos que el representante actúa movido exclusivamente por la voluntad del representado y que él no es sino un instrumento de éste, no podría pensarse jamás en que la voluntad del representante pueda estar viciada, lo que no parece ser el caso. En efecto, bien puede darse el caso que al momento de la conclusión del negocio el representante se equivoque, incurra en error a pesar de las instrucciones precisas del representado. Aquí el error es exclusivo del representante y es por ende su consentimiento el que se encuentra viciado, no el del representado. Esto es aún más cierto si pensamos en la representación de incapaces, menores o *alieni iuris*, en donde su consentimiento no puede en alguna forma ser tenido en cuenta por el derecho. De la misma manera en las personas jurídicas, por ser unos entes abstractos y no tener una voluntad propia por sí solas, es la voluntad de su representante legal la que las obliga, luego el vicio del consentimiento se predicará respecto de este último.

Podría pensarse inversamente que la voluntad del representante es el fundamento de la representación, lo cual a su vez no nos explica el porqué la voluntad de una persona produciría efectos respecto de otra persona si su voluntad no desempeñara ningún papel.

De hecho lo que ocurre es una separación o disociación entre la formación del negocio y sus efectos. La formación del negocio por la manifestación de voluntad debe ser apreciada en el representante; es exclusivamente su voluntad la que genera el negocio, con lo cual su desempeño concluye. Una vez celebrado el negocio, sus efectos se reflejan de manera exclusiva en el representado, sin que ello constituya una derogación al efecto relativo de los contratos pues es menester tener en cuenta la relación previa que existe entre el representante y el representado (que puede ser legal, contractual —el poder— o judicial) y que es el fundamento de las obligaciones que éste asume.

2. Representación imperfecta

En este tipo de representación, obedeciendo a su noción general, el representante actúa por cuenta del representado pero ya no en su nombre sino en el suyo propio. Aquí el tercero puede ignorar válidamente por cuenta de quién actúa el representante puesto que éste actúa en su propio nombre, por lo que en un primer tiempo debe ser excluida cualquier relación directa entre ese tercero y el representado, según que el primero conozca o no la existencia y el papel del segundo dentro de la relación que establece con el representante.

Si el tercero ignora la existencia y el papel del representado, los efectos del negocio van a producirse en un primer tiempo exclusivamente en cabeza del representante (y de su cocontratante, el tercero), pero como éste actúa por cuenta del representado, será necesario hacer que el negocio produzca efectos respecto de él, lo que nos conduce a mirar más de cerca los tres vínculos jurídicos que se forman. En primer lugar las relaciones del representante y el tercero, su cocontratante, surgen del negocio celebrado por ellos creando obligaciones para uno o para ambos según la clase de negocio de que se trate. En segundo lugar las relaciones entre el representante y el representado surgen del mecanismo propio de la representación en virtud del cual el primero actúa por cuenta del segundo. Por último, para que surjan o se creen relaciones entre el representado y el tercero cocontratante del representante será menester que éste le transmita o le ceda el negocio al representado, lo que a su vez es el objeto de la obligación contraída por la representación. Creado por la cesión o transmisión el vínculo entre el tercero y el representado, el representante puede o no quedar liberado según que el vínculo entre el tercero y el representado sea directo o indirecto. Este es el caso de la comisión (art. 1287 C. de Co.), que puede establecer relaciones directas entre el tercero y el representado en determinados supuestos; inversamente, en la agencia comercial no se establecen vínculos directos entre el tercero que contrata con el agente y el empresario; y en general es el caso de todas las formas de mandato sin representación en donde no se establecen vínculos directos entre el tercero y el mandante (C. S. J. Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 17 de 1976, LXX, 358 y XC, 545).

Las bases de las distintas relaciones surgidas de la representación están pues determinadas en la convención inicial que les da nacimiento y que establece las relaciones entre representante y representado, según los poderes que el segundo le conceda al primero; el poder es entonces un elemento esencial de la representación (arts. 836 y ss. C. de Co.).

El poder de representar determina el tipo de representación de que se trate. En este orden de ideas, en derecho se conocen la representación legal, la convencional y la judicial. Respecto de la primera, el apoderamiento surge de la ley, la cual señala las facultades del representante, los alcances y los límites de su gestión, como en el caso de los padres del menor, quienes tienen la administración de sus bienes. En lo que concierne la segunda, la forma más común y genérica de representación es el mandato; dentro de esta categoría debe incluirse así mismo la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, a la cual se le aplican, en la medida en que sean compatibles, las reglas del mandato (arts. 2304 y ss. C. C.) habida cuenta de la ratificación del interesado o de la utilidad de la gestión del gerente. En esta figura el origen del poder del representante reside en un hecho jurídico voluntario de éste, lo que si bien encaja dentro de la noción de negocio jurídico desde su punto de vista, no se puede enmarcar dentro de la noción de contrato desde el punto de vista del interesado. La representación judicial, finalmente, nos ofrece ejemplos interesantes en materia de incapaces y en lo relativo a las quiebras y concordatos; en efecto, la figura del síndico, como administrador de los bienes que conforman la masa de la quiebra y en general de los del quebrado, surge de una decisión de justicia. Sus funciones se derivan de la ley, cierto (arts. 1953 y ss. de C. de Co.), pero también de las pautas señaladas por el juez. Similar situación se presenta respecto de los tutores y curadores de los incapaces.

Cuando el tercero cocontratante del representante tiene conciencia de la existencia de la representación y de sus límites, participa de las culpas en que éste incurra por extralimitación de funciones y los actos así ejecutados no obligan al representado (art. 841 C. de Co.). Mientras que las normas sobre extralimitación de poderes tienden básicamente a la protección del representado, en particular cuando el tercero conocía los límites de la representación, cuando ésta es aparente las normas buscan la protección de los terceros de buena fe exenta de culpa.

Así pues, al disponer de una visión general de la noción de voluntad es menester tener ahora una idea clara sobre los alcances y los límites de la voluntad.

II. VALOR DE LA VOLUNTAD

EL NEGOCIO CUENTA con dos características cuya importancia no ha sido siempre la misma. En primer lugar el negocio, en su forma más usual, el contrato, ha sido tradicionalmente un instrumento, un medio, una técnica que facilita el intercambio económico y de manera general el tráfico jurídico. Puesto que el legislador admite el intercambio jurídico y por lo mismo el negocio jurídico, se ve en la necesidad de organizarlo para evitar la anarquía. En segundo lugar el negocio es una manifestación de voluntad, lo que corresponde al acuerdo de voluntades en el contrato.

A. ALCANCES DEL PRINCIPIO

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA de la voluntad y el señorío de ésta se traduce en que el negocio saca su fuerza obligatoria de la voluntad soberana de su autor. Esto implica que dicho principio se manifiesta de dos maneras: a través de la soberanía de la voluntad y a través de la fuerza obligatoria del negocio jurídico.

1. La soberanía de la voluntad

Cuando se dice que la voluntad es soberana se quiere significar que sólo ella puede obligar a alguien; de esta afirmación se derivan la mayor parte de las reglas que gobiernan al negocio jurídico, y en tratándose del contrato ellas determinan todo el *iter contractus*, desde su celebración hasta su ejecución. La voluntad soberana se traduce en primer término en la libertad de celebrar negocios o no; no hay negocio sino en la medida en que su autor así lo ha querido; es la primera y la más simple de las manifestaciones de la soberanía de la voluntad. En ella se ve reflejado el hecho según el cual las disposiciones legales deben en esta materia ser ante todo supletivas y estar destinadas exclusivamente a llenar o completar los vacíos de dicha voluntad, y le está dado a ella, por consiguiente, el no dejar campo alguno a la ley.

En segundo término la soberanía de la voluntad implica que ella no debe ser aparente, pues si éste es el caso no hay negocio y el juez debe destruir dicha apariencia; pensemos por ejemplo en la simulación y en los vicios del consentimiento. Así mismo la soberanía de la voluntad implica que ella se baste a sí misma, es decir que el consensualismo debe ser el principio que gobierne al negocio jurídico, sometiéndolo excepcionalmente a una formalidad especial.

La soberanía de la voluntad implica entonces que el negocio debe ser ejecutado de conformidad con la voluntad de su autor, lo cual trae como consecuen-

cia, en cuanto a su interpretación, que los jueces deben utilizar un método consistente en buscar la voluntad del autor o autores del negocio sin interpretar las cláusulas claras y precisas, so pena de dar lugar a la interposición de recursos por desnaturalización del negocio. Esta regla ha sufrido actualmente una derogación parcial importante mediante la adopción legal de la teoría de la imprevisión, la cual da lugar a la revisión del contrato por parte del juez, cuando determinadas circunstancias económicas imprevisibles han roto de manera grave el equilibrio del contrato (art. 868 C. de Co.). Sin embargo la teoría de la imprevisión, más que derogar parcialmente el principio de la soberanía de la voluntad, deroga en las mismas condiciones la fuerza obligatoria de una voluntad inequívoca.

2. La fuerza obligatoria de la voluntad

El artículo 1602 del Código Civil enuncia que «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». De este texto se desprende que la no ejecución del contrato, en particular cuando hay culpa, compromete la responsabilidad civil del autor; en tratándose de contratos, la voluntad unilateral no permite que una de las partes se libere de sus obligaciones puesto que el contrato se fundamenta en la voluntad de dos (o más) partes ligadas por su consentimiento; la manifestación de voluntad obliga entonces a su autor según sus términos. De aquí se desprende, a su vez fundado sobre la autonomía de la voluntad, el principio del efecto relativo de los contratos.

B. LÍMITES AL PRINCIPIO

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA de la voluntad no ha estado nunca exento de límites; sus alcances siempre han estado limitados de una u otra forma. Este principio no ha sido enunciado en la ley de manera explícita, pero en el derecho positivo aparece como un supuesto filosófico. En efecto, la exaltación de la voluntad durante el siglo XIX condujo la doctrina a considerar al principio de la autonomía de la voluntad como uno de los principios generales del derecho, en especial del derecho de las obligaciones. En un primer estadio el primer límite resultó de la constatación de otras fuentes de las obligaciones tales como el daño causado por encuentro social ocasional, hecho generador de la responsabilidad extracontractual. En segundo lugar se constató la existencia de reglas imperativas como la que exige que los contratos tengan un objeto lícito con miras a la protección de las buenas costumbres. Finalmente por diversas razones el consensualismo, consecuencia de la autonomía de la voluntad, cedió algún terreno en beneficio de ciertas formalidades.

Por su parte la fuerza obligatoria de la voluntad encontró que los contratos a término indefinido podían ser resiliados en cualquier tiempo por voluntad unilateral de una de las partes, puesto que es un derecho del deudor, en ejercicio de su libertad, el no alinearla eternamente. La figura de la estipulación en beneficio de otro derogó parcialmente también el principio del efecto relativo de los contratos.

En un segundo estadio, desde finales del siglo pasado la doctrina civilista, nutrida del positivismo estatal, comenzó a resaltar a la ley como fuente suprema de

los derechos subjetivos del individuo, lo que suscitó una cierta decadencia del principio de la autonomía de la voluntad frente a las doctrinas intervencionistas. En este orden de ideas el papel de la voluntad se redujo considerablemente sin desaparecer, pues continuaría siendo el punto de partida de las obligaciones surgidas del negocio.

El contrato siempre ha sido por excelencia el instrumento y el procedimiento utilizado por la humanidad para la circulación de la riqueza; cuando el Estado quiso participar en dicho tráfico, la libertad contractual cedió ante el intervencionismo contractual y la sola voluntad de los contratantes no bastaba ya para determinar la celebración, el contenido y los efectos del contrato, dejando una función residual a la ley supletiva; hizo entonces aparición la ley imperativa.

El Estado, preocupado ahora por el bienestar y la satisfacción de las necesidades del conglomerado social, la voluntad habiendo revelado su insuficiencia en la satisfacción de dichas necesidades, encontraba ahora necesario corregir las desigualdades sociales fomentadas por ella. Estas desigualdades que se pretendía corregir demandaban una intervención estatal mucho más decidida que aquélla que pretende velar simplemente por la igualdad jurídica de los individuos. Dicha intervención debía entonces tener por finalidad la protección del débil frente a la voluntad impuesta por el más fuerte. De esta manera surgió y se desarrolló un orden público de protección de la parte más débil en un contrato en el que éste no ha negociado libremente su contenido. El nuevo orden público supone que la formación del contrato está sometida a condiciones de fondo y de forma cuya inobservancia es sancionada con la nulidad. De igual forma él supone que el contenido del negocio no es libremente debatido por quienes en él participan sino que el legislador y el juez intervienen imponiendo, modificando o agregando determinadas estipulaciones más justas, con miras a la protección del débil. El terreno de protección predilecto del orden público ha sido el del contrato de adhesión, que se caracteriza precisamente por el hecho de que si bien cada una de las partes que en él toman parte permanecen libres de contratar o no, su contenido es determinado y decidido por una sola de ellas, y la otra se limita a aceptar en conjunto el esquema de negociación propuesto, sin que haya lugar a discusión o concesiones recíprocas.

En la actualidad este proteccionismo de la parte que adhiere a un contrato prerredactado por otra ha tenido eco legislativo en las normas que protegen al consumidor, las cuales regulan las relaciones que se establecen por un lado entre profesionales, es decir comerciantes, fabricantes o distribuidores de bienes y servicios, y, por otro lado, consumidores que contratan para la satisfacción de necesidades de la vida diaria. El consumidor, desconocedor e indefenso ante el profesional hoy en día altamente especializado en la producción y la distribución masivas, cuenta con un sistema de normas que regulan ciertas modalidades de venta, prohíben ciertos tipos de publicidad que lo induzcan a error y controlan los precios y tarifas de productos y servicios que gozan de una situación de monopolio. En un contrato el consumidor no es el igual de su cocontratante, el profesional; él se encuentra en posición de inferioridad tanto económica como intelectual; es más fácil que el profesional sepa lo que vende que el consumidor sepa lo que compra, máxime si este contrato es de adhesión. Si el contrato fuera libremente negociado la protección del consumidor perdería gran parte de su fundamento. Además ciertos profesionales para satisfacer necesidades de su co-

mercio se ven obligados a celebrar a su vez contratos de adhesión, sin que puedan ser considerados como consumidores, luego susceptibles de protección, razón por la cual en Alemania, por ejemplo, el proteccionismo está fundado más sobre el hecho de ser la parte débil en un contrato de adhesión que en el de tener la calidad de consumidor.

Por fuera de la posibilidad de que el contrato pueda libremente ser negociado o no, el orden público de protección va encaminado así mismo a la prohibición de incluir determinadas estipulaciones contractuales que irían en desmedro de los derechos e intereses de una de las partes, tales como las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad, y de eliminar determinadas obligaciones de garantía que el legislador ha incluido en el contrato mediante normas imperativas.

Otra forma de intervencionismo contractual atañe a la posibilidad de celebrar un contrato o de permanecer en él; en efecto, el contrato de arrendamiento, por ejemplo, no termina por la expiración del término pactado; de la misma manera determinadas actividades exigen un seguro obligatorio cuyo contenido además es controlado y aprobado por la ley.

Por fuera de un orden público protector de intereses individuales, el Estado se ha visto en la necesidad de intervenir la actividad comercial con miras a evitar que la autonomía de la voluntad atente contra una política económica que él se ha fijado. Aquí el intervencionismo contractual va en el sentido que imponen los requerimientos de una economía planificada. Los contratos que tienen por objeto prestaciones en dinero se ven limitados en su contenido por disposiciones legales que niegan la posibilidad de pactar en determinadas monedas, o con determinados valores o índices y aun limitando la rentabilidad a través de la fijación de tasas de interés. En esta materia encontramos normas que van desde la imposición de autorizaciones (pago de regalías en el exterior), pasando por severos controles, hasta la prohibición absoluta, según el fin que se ha propuesto el Estado, que bien puede ser el de disminuir la inflación, el déficit fiscal u otro.

El derecho de la libre competencia es uno de los ejemplos más recientes y patéticos en materia de intervencionismo contractual; en este orden de ideas tenemos que existen conductas que florecieron bajo el imperio de la autonomía de la voluntad y que hoy se ven prohibidas y sancionadas cuando ellas son abusivas; tal es el caso de la negativa de venta, de la venta a pérdida, del *dumping*, de la conclusión de contratos en condiciones discriminatorias, del otorgamiento de exclusividades que confiera una protección territorial absoluta, y en general de todas aquellas estipulaciones que tengan por objeto o por efecto el impedir el acceso al mercado o a las fuentes de aprovisionamiento, etc.

En fin, existe un sinnúmero de disposiciones de orden público, esto es imperativas, que restringen la libertad de los particulares en aras del interés general, lo que nos lleva a preguntarnos cuál es el papel de la voluntad hoy en día en el negocio jurídico.

C. IMPORTANCIA ACTUAL DE LA VOLUNTAD

EN RAZÓN DE LOS LÍMITES impuestos a la autonomía de la voluntad y de la pretendida decadencia en que ella ha caído, se ha querido encontrar otro fundamento al negocio jurídico. En efecto, algunos doctrinantes del derecho público, hostiles a la noción de derecho subjetivo, han visto el fundamento del negocio jurídico en una autorización del derecho objetivo en donde la voluntad se limita

a generar la aplicación de la norma jurídica, la cual existe en forma independiente de la voluntad y se impone al individuo como cualquier otra norma jurídica. Sin embargo resulta difícil desconocer el hecho de que la autonomía de la voluntad no ha sido a lo largo de la historia ni en la actualidad un simple postulado teórico, una invención clásica. Ella no se limita a un simple procedimiento técnico que pone en marcha el ordenamiento jurídico, ni está limitada completamente por consideraciones de carácter económico o de interés general. La crítica a que ha sido sometida la autonomía de la voluntad no ha logrado explicar el negocio jurídico ni ha podido darle otro fundamento. La equidad, la justicia, el interés general no explican el negocio jurídico; tales postulados no le son propios, pues ellos deben inspirar todas las reglas jurídicas, cualquiera que sea su fuente. En verdad resulta difícil, por no decir imposible, justificar el negocio jurídico sin la voluntad; los ataques que ella ha sufrido, en particular por el desarrollo del intervencionismo estatal, no pueden llevarnos a la conclusión de su desaparición y a verla como una pieza más en los anaqueles de la historia del derecho. El derecho de dominio o propiedad han sido así mismo golpeados sin tregua por el intervencionismo del Estado a través de normas de distinta jerarquía que precisan que la propiedad es una función social que implica obligaciones, todo lo cual no nos permite afirmar que ella dejó de ser el poder de un individuo sobre un bien para gozar y disponer de él. Como consecuencia de la existencia de contratos impuestos y de estipulaciones prohibidas, así como del control sobre el contenido de algunos contratos, el principio de la autonomía de la voluntad se ha visto restringido, cierto, pero las restricciones de que ha sido objeto no son sino parciales, puesto que los otros aspectos de la soberanía de la voluntad no han sido objeto de los mismos ataques del intervencionismo. El desarrollo reciente del formulismo, con la aparición de múltiples solemnidades, no nos puede conducir tampoco a negar la soberanía de la voluntad. En efecto, dicho desarrollo tiene como finalidades primordiales la protección del consentimiento mediante la concientización sobre las implicaciones del negocio y la publicidad destinada a poner en conocimiento de los demás la existencia del mismo. El ordenamiento civil presume el consentimiento pero lo protege cuando está viciado, privilegiando por este hecho la necesidad de una voluntad libre y consciente. Así mismo es necesario puntualizar que en nuestras codificaciones civil y comercial el negocio solemne continúa siendo la excepción y el consensualismo el principio. De esta suerte, no implica atentar contra la soberanía de la voluntad el subordinar la oponibilidad de los terceros al cumplimiento de formalidades tales como el registro de ciertos actos.

Ahora bien, la voluntad no existe en el mundo del derecho sino a través de su manifestación o de su exteriorización, lo cual supone que si ella puede, por razón del consensualismo, ser expresada de cualquier manera, sobre el terreno de la prueba se hace necesaria su materialización, la cual se hace habitualmente por escrito; pero la exigencia a título de "prueba" no conlleva su exigencia a título de condición de forma o de validez.

Junto a la prueba del negocio, para que éste produzca efectos es necesario interpretarlo; tratándose de un contrato, cuando existen desacuerdos entre las partes sobre la existencia, efectos o alcances de todo o de una de sus partes, es menester que un tercero, que no tomó parte en él, lo interprete; puesto que el desacuerdo con frecuencia genera litigio ese tercero normalmente es el juez. El Código Civil (arts. 1618 a 1624) contiene un conjunto de disposiciones muy precisas que establecen las

reglas de interpretación de los contratos. Dichas reglas, similares a los métodos de interpretación de la ley, tienen aplicación cuando el texto del contrato es oscuro. El juez puede, independientemente de las normas imperativas, enriquecer el contenido del contrato, incluyendo obligaciones que si bien no están expresadas le pertenecen por razón de su naturaleza (art. 1501 C. C.), esto aunque el contenido del contrato sea claro; el juez vela por el orden público contractual y en este sentido él crea normas jurídicas imperativas corroborando a la jurisprudencia como fuente de derecho. Pero en cuanto a la interpretación propiamente dicha, el juez debe buscar cuál fue la real intención de las partes y ésta prevalece aun sobre las obligaciones que podrían pertenecerle al contrato según su naturaleza (art. 1621). Esta búsqueda no le impide sin embargo al juez valerse de elementos objetivos que le permitan darle un sentido a lo manifestado por las partes en un contrato, lo que no significa que el juez pueda modificarlo, pues atentaría contra la voluntad de las partes.

Si la intervención del juez puede en casos muy limitados restringir la soberanía de la voluntad, dicha intervención es casi nula en lo que concierne el otro principio que resulta de la autonomía de la voluntad, es decir, la fuerza obligatoria del contrato. En efecto, para citar un ejemplo, recordemos el inciso 2º del artículo 1551 del Código Civil en virtud del cual «no podrá el juez sino en casos especiales que las leyes designen, señalar un plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes». Sin embargo, en los casos en que la ley permita al juez fijar el término para el pago de una obligación (arts. 1587 y 2226 C. C.) su intervención no puede atentar contra la expresa y clara estipulación de las partes.

La única derogación de talla al principio de la fuerza obligatoria de los contratos es la resultante de la institucionalización de la teoría de la imprevisión en el artículo 868 del Código de Comercio. En virtud de circunstancias imprevistas posteriores a la celebración del contrato que hagan excesivamente más oneroso su cumplimiento para una de las partes, ésta puede solicitar al juez la revisión del contrato. Esta facultad enorme otorgada al juez le permite alterar los términos claros iniciales en que las partes han manifestado su acuerdo de voluntades. No obstante, esta facultad tiene limitados alcances en la medida en que se exigen para su aplicación unos supuestos fácticos muy precisos. La revisión del contrato por el juez en estas circunstancias tiene por finalidad la de salvar el contrato de un eventual futuro incumplimiento por fuerza mayor. Si durante la revisión del acuerdo el juez se percata que ello no es posible, decretará la terminación del contrato (inc. 2º).

Mientras que en determinadas situaciones la voluntad juega todo su papel, en otras éste se encuentra reducido, lo que no afecta en nada la noción de negocio jurídico. El único caso en que el papel de la voluntad está reducido a su más mínima expresión es del contrato impuesto u obligatorio al que se hizo alusión en párrafos anteriores; esto nos permite a la vez desconfiar del carácter contractual de tales actos, en la medida en que no reúnen ninguno de sus elementos; allí, la fuerza obligatoria se deriva no del acuerdo o de la soberanía de la voluntad sino más bien de la soberanía del Estado.

CONCLUSIÓN

LAS ANTERIORES REFLEXIONES deben necesariamente conducirnos a revisar el valor de la voluntad como generadora de derecho; si bien ella no tiene hoy en día

los alcances atribuidos en su momento por la escuela clásica, no podemos desconocer sin embargo su papel y su importancia como fundamento de negocio jurídico. Desconocerla significaría vaciar al negocio jurídico de su contenido y de su esencia. No en vano hay un retorno hacia ella cuando se habla de la iniciativa privada como eje del crecimiento económico. Si en su momento la autonomía de la voluntad cedió terreno al intervencionismo estatal, el desmonte de los sistemas socialistas y la eliminación de fronteras comerciales en el tráfico económico mundial implican y conllevan un balance favorable a la voluntad y un análisis crítico y racional del intervencionismo.

Estamos seguros, sí, que la evolución de las instituciones jurídicas no se ha detenido aquí y que tal vez el péndulo que bajo unas determinadas circunstancias oscila hacia el intervencionismo y otras hacia la libertad no se detendrá fácilmente en un punto de equilibrio "ideal", concepto éste también fluctuante por razones de índole economía y política en un momento dado.

BIBLIOGRAFIA

- C. S. J. Sala de Casación Civil. Sent. de nov. 13 de 1981.
C. S. J. Sala de Casación Civil. Sent. de jun. 28 de 1989.
HINESTROSA, FERNANDO. *El negocio jurídico*, Notas de Cátedra.
HINESTROSA, FERNANDO. *Derecho civil obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
JOSSEERAND. *L'essor du concept contractuel*, Mélanges Geny, T. II.
LARROUMET, CHRISTIAN. *Droit civil*, T. III, "Les Obligations".
MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina general del contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América.
SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría general del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.