

## LA AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO POR ADHESIÓN

## THE ABSENCE OF THE PARTY AUTONOMY RULE IN STANDARD FORM CONTRACTS

### Resumen

El objetivo de este artículo es mostrar que el contrato por adhesión no cumple con las condiciones morales ni jurídicas de libertad y consentimiento para la firma de un contrato. Se mostrará el principio de la autonomía de la voluntad desde su formulación filosófico-jurídica y su actual decadencia en la tradición académica. Se encontró un desinterés generalizado a partir de la aparición de los contratos de forma, y para los cuales dicha tradición construyó un no contrato con el nombre de contrato por adhesión. Se hará una presentación de las tesis principales de este principio filosófico dentro de esquemas iusnaturalistas, así como la doctrina y la jurisprudencia sobre el contrato de adhesión, en la cual el énfasis recae sobre las condiciones estipuladas unilateralmente en el clausulado elaborado por el contratante, con lo cual la atención sobre asuntos filosóficos del acto de voluntad se sustituye por la adhesión. El artículo demuestra la naturaleza no contractual de la adhesión.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad, contrato de adhesión, iusnaturalismo.

### Abstract

The aim of this article is to show that the contract by the adhesion does not meet the moral and legal conditions of freedom and consent to sign a contract. The exposition consists in the principle of autonomy from its philosophical-legal formulation and its current decline in the academic tradition. A general lack of interest was found from the appearance of such contracts, and for which was built a no-contract with the name of contract of adhesion. Here we make a presentation of the main thesis of this philosophical principle within iusnaturalists schemes, as well as the doctrine and jurisprudence on the contract by the adhesion, in which the emphasis is on the conditions stipulated in the clauses unilaterally prepared by the contractor, with which attention to philosophical issues of the act of will is replaced by adhesion. The article demonstrates the non-contractual nature of adhesion.

**Key words:** autonomy of the will, contract by the adhesion, iusnaturalism.

*Recibido:* 04 de junio de 2015.

*Aceptado:* 09 de julio de 2015.

### JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO

Abogado, Procurador Delegado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico. Maestría en contratación pública y contratación privada, Universidad Santo Tomás en Bogotá. Correo electrónico: javierenriquemunera@hotmail.com

### FERNÁN RAMÍREZ MELÉNDEZ

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia y Maestría en Filosofía por la Universidad de Norte, Colombia. Correo electrónico: fernanramirez@gmail.com

Este artículo se genera dentro del Grupo de Investigación de Colciencias “Francisco de Vitoria”, en el marco del proyecto “Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo”, financiado con recursos privados provenientes del ejercicio profesional de los autores.

# La ausencia del principio de la autonomía de la voluntad en el contrato por adhesión

## Introducción

El objeto de este artículo asume la incidencia de la moral en el derecho y busca determinar el grado de validez que tiene el contrato por adhesión en la escena jurídica.

Para caracterizar el contrato por adhesión, primero debemos definir “la palabra contrato, que en el idioma español antiguo era *contracto*, proviene de *contractus* que quiere decir convenio o pacto y, a su vez, esta locución viene del verbo latino *contraho*, *contraxi*, *contractum*, que significa recoger, reunir, concentrar, pero también *contraer* en el sentido de asumir una obligación” (Bohórquez, 2004, p. 1). Con esto podemos inferir que ambos términos (contrato y contrato por adhesión<sup>1</sup>) no poseen el mismo status ontológico<sup>2</sup>.

El problema con los contratos por adhesión es el siguiente: El uso de “formas” estandarizadas no es un elemento que por sí mismo cause dificultades, pues las partes pueden acordar como base el uso de formas estandarizadas en una negociación, y todos estarían satisfechos. De otro lado, la presentación del contrato por adhesión dentro del esquema de “tómelo o déjelo” tampoco sería

---

1 Rubiel (1997), citando a George Dereux, aclara que la frase contratos de adhesión debe ser sustituida por la de contratos por adhesión, puesto que contratos de adhesión parece aludir a una especie que podría colocarse o clasificarse igual que la venta, el arrendamiento y los demás contratos, cuando en realidad lo que se pretende es identificar unos contratos formados por la simple adhesión de una persona a una oferta, cuyos términos y cláusulas no se pueden negociar. (...) En efecto, si consultamos el Diccionario de la Lengua Española encontramos con que: *de*, denota en primera acepción posesión o pertenencia: «la casa *de* mi padre»; «la paciencia *de* Job’’. Por es una preposición con que se indica la persona agente en las oraciones pasivas: «Contrato (sujeto) *por* adhesión’’. Con todo, consideramos que la investigación objeto de este artículo no encuentra relevante el asunto lingüístico para criticar la posición del adherente, sino que - antes de ello-, el análisis se orienta a demostrar que esa transacción no alcanza la categoría jurídica de un contrato válidamente celebrado y moralmente aceptable. De otra parte, en la bibliografía consultada la literatura generalmente utiliza la expresión contrato de adhesión. Así las cosas, en la presente publicación utilizaremos indistintamente las preposiciones *de* y *por*.

2 Cuando se habla de contrato por adhesión, no se está designando una especie de contrato dentro del género de los contratos, con lo cual la diferencia entre ambos sería de grado, sino más bien estamos defendiendo que la diferencia es esencial, esto es, que se está designando otro tipo de transacción distinta a las transacciones que pueden contenerse dentro del género de los contratos.

motivo de alarma, pues los comerciantes suelen establecer los precios fijos expuestos al público y sin posibilidad de negociación. Hemos establecido en la presente investigación que la combinación de estos dos elementos constituye el problema de los contratos por adhesión en la teoría actual del contrato.

El diseño metodológico partió de un plan de acopio de la bibliografía especializada en el área de Derecho en las bases de datos disponibles en la Biblioteca Virtual de la Universidad Santo Tomás de Aquino, mediante la búsqueda de las palabras clave IUSNATURALISMO, CONTRATO DE ADHESIÓN y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. De igual manera, recogimos material proveniente de textos clásicos de la Teoría del Contrato. Seguidamente procedimos a delimitar en los temas relacionados con el Contrato de adhesión y, por separado, con el concepto de autonomía de la voluntad. Procedimos a la búsqueda de información a partir del siguiente interrogante: ¿Aparece un significativo número de publicaciones que asocien el contrato de adhesión con las limitaciones a la autonomía de la voluntad? Con la finalidad de dar respuesta a este interrogante, se elaboró un esquema de trabajo consistente en tres momentos enumerados así:

1. Un primer escenario en la relación moral y derecho
2. El principio filosófico de la autonomía de la voluntad.
3. El principio jurídico de la autonomía de la voluntad.
4. El Contrato por adhesión: Naturaleza y Evolución.

En un primer momento se abordará la relación entre moral y derecho como marco dentro del cual el problema de la autonomía de la voluntad encuentra su sentido. Luego analizaremos el principio filosófico y jurídico de autonomía de la voluntad, cuya expresión proviene de la filosofía kantiana, como un factor constituyente de la libertad y el consentimiento *sine qua non* se realizan los contratos. Seguidamente se tratará el contrato por adhesión, su naturaleza y sus imperfecciones, con el fin de establecer por qué los *contratos de forma* con clausulado previamente elaborado por el contratante, carecen de validez en el campo de la moral, e igualmente examinaremos en la dogmática jurídica el sentido de las expresiones consentimiento<sup>3</sup> y voluntad, y su ausencia en el contrato de adhesión: esto puede interpretarse como invalidez jurídica.

Los resultados de esta fase de la investigación presentados en este artículo pretenden servir de fuente para el marco teórico de una tesis doctoral de

3 Art. 1502, Código Civil colombiano: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Derecho en la Universidad Santo Tomás adscrita al Grupo de Investigación de Colciencias “Francisco de Vitoria”, en el marco del proyecto “Nuevas tendencias del derecho administrativo”.

## 1. Moral y Derecho: Su relación después del iuspositivismo

En la contemporaneidad, la cuestión de las relaciones entre derecho y moral ha recuperado su importancia, toda vez que la reformulación del positivismo jurídico ha tenido como consecuencia una revisión del lugar de los principios en el derecho<sup>4</sup>. La moral, que anteriormente era un tema secundario al momento de explicar el derecho, hoy ha sido puesta en primer plano (Álvarez, 2008)<sup>5</sup>. Hoy en día los ciudadanos observan la ley moral no como si fuera una acepción vaga e imprecisa, sino que “la imponen la fe, la razón, la conciencia, o simplemente observada por hábito o respeto humano”. (Ripert, 1946, p. 13).<sup>6</sup>

Cotidianamente aparecen situaciones en las cuales la relación entre la moral y el derecho parece sobrepasar los límites previamente demarcados por quienes defendieron una distinción tajante entre los dos tipos de ordenamiento<sup>7</sup>. El artículo de Álvarez (2008) reconstruye dicha relación, quizá siguiendo el mismo camino que el derecho ha recorrido para recobrar el entorno axiológico del que había sido despojado. Y es que cualquier relación entre moral y derecho pretendió ser eliminada bajo los principios del positivismo jurídico, sobrepasando los límites de las múltiples relaciones que existen entre ambos

4 Inclusive es posible explorar causas de tipo político y social del regreso a la pregunta por el derecho natural, y por las relaciones entre derecho y moral, en medio de una sociedad volcada hacia los hechos. Se cuenta con el caso del resurgimiento del iusnaturalismo en Europa y América como consecuencia de lo que se dio en llamar *reductio ad Hitlerum*: si no existe el derecho natural, entonces es necesario que exista Hitler (Baciero, 2007, p. 105). No sobra advertir el impacto que produjeron las declaraciones de un abogado al afirmar que “la ética no tiene nada que ver con el derecho”.

5 Álvarez (2008) encuentra en la objetividad moral la mejor manera de relacionar la moral con el derecho, pero en la presente investigación esta relación hallará su fundamento en categorías de tipo filosófico sin las cuales no sería posible pensar algún acercamiento entre los dos reinos.

6 Ripert escribió en 1946, una afirmación de la presencia de la moral en el derecho, para desmontar el presunto carácter abstracto de la teoría de las obligaciones, sosteniendo que es real la influencia de la ley moral en la elaboración práctica de las reglas de derecho por el legislador y en la decisión judicial, refiriéndose en la sociedad occidental moderna a la fe, la razón, la conciencia, el hábito o el respeto (Cf. Ripert, 1946, p. 13).

7 Sánchez (2010) clasifica en tres las posibilidades de relacionarse la moral con el derecho: de indiferencia, de complemento y de antagonismo, y anota con acierto que en la actualidad no aplica aquella distinción tradicional que dejaba a la moral los asuntos privados y al derecho, los públicos, puesto que las nuevas realidades nos enfrentan a cosas que siendo privadas tienen un impacto social, p.e., las consecuencias sociopatológicas de las familias disfuncionales, los efectos sociales y económicos de la pornografía, la permisión o no del aborto para las mujeres y su relación con la salud pública, las políticas públicas para detener la obesidad en las sociedades de consumo, las pautas de comercialización de bienes y servicios, entre otros tantos fenómenos (Cf. Sánchez, 2010, p. 3).

campos. Esta es la causa por la que una tesis conceptual se haya transformado en una tesis normativa, afirma Sánchez (2010). Esto quiere decir que se cae en el error de la falacia naturalista, o el paso del ‘ser’ al ‘deber ser’, de los juicios descriptivos a los juicios normativos, sin que ese ‘paso’ sea del todo justificado<sup>8</sup>.

Sánchez (2010) concluye en su artículo que, por un lado, el jurista debe estar capacitado para distinguir aquellas normas jurídicas cuya genealogía es la propia conciencia o individualidad humanas, de aquellas que son prescripciones sociales o comunitarias, esto es, heterónomas, para distinguirlas de aquellas que serían, *prima facie*, autónomas, utilizando la terminología kantiana en la cual la moral es autónoma y el derecho es heterónimo, por cuanto la obligación en el derecho va acompañada de la fuerza externa (condena, pena). De otra parte, continúa Sánchez en sus conclusiones, la moral debe auxiliar al derecho a la hora que el operador jurídico deba construir una solución jurídica socialmente relevante, como en el caso de las decisiones jurídicas que van en contra de los veredictos morales o de la opinión pública. Y finalmente, una tercera conclusión es que al analizar los casos jurídicos difíciles, el jurista debe prever la utilización de métodos de ponderación que guíen el proceso de construcción de sus dictámenes y soluciones, sobre todo cuando ocurra la inclusión de la moral en otros campos como el derecho internacional, ambiental, civil, familiar, donde es posible que se presente un conflicto de valores morales protegidos constitucionalmente (Sánchez, 2010).

Por otro lado, la filosofía del derecho en Italia desarrolló la cuestión acerca de la moral y el derecho de la mano de pensadores como Benedetto Croce, Giorgio del Vecchio, Giovanni Gentile y Felice Battaglia. La influencia de la filosofía idealista, con la interpretación dialéctica de las realidades sociales, es notoria en estos autores, al punto de disolver cualquier límite entre derecho y moral (*riduzione moralistica*) como hace Gentile, o de sintetizar la economía, el derecho y la moral como sugería Croce<sup>9</sup>. Se evidencia en estas posturas el método filosófico idealista, buscando las contradicciones en los distintos momentos en que la conciencia despliega su realidad, de modo que en el conocimiento el objeto termina disolviéndose en el sujeto. La unidad dialéctica entre acto moral y acto jurídico, entienden estos pensadores, se funde en la voluntad en

8 Dussel (2001) distingue al menos cuatro posibles interpretaciones de la falacia naturalista a partir de los textos de Hume y de Moore. El presente trabajo llama la atención sobre la posible repetición de dicha falacia a la hora de establecer las relaciones entre derecho y moral, toda vez que el positivismo ha pretendido, desde una distinción de tipo descriptivo entre los dos ordenamientos, la formulación normativa que impide cualquier acercamiento.

9 Rudolf Laun (1959) concibe al derecho y a la moral “como un deber en oposición al acontecer, son una y la misma cosa. Son la totalidad de las vivencias del deber; son el deber concebido unitariamente. A ello obedece que la conciencia y el sentimiento jurídico, en el sentido de una fuente creadora de supremos valores autónomos, sean una y la misma cosa. Son la facultad, irreductible a leyes causales y sólo concebible metafísicamente, de vivir un deber. Son el deber potencial del individuo. La unidad de derecho y moral no es afectada por los llamados conflictos entre ésta y aquél. (Laun, 1959, p. 178).

busca del bien. Battaglia parece ser quien ofrece una interpretación más equidistante del derecho y la moral, procediendo a la verificación de los términos de la actividad práctica en el plano del ethos (Mantilla, 1962).

De otro lado, frente a la pregunta ¿Sirve la moral para crear, aplicar e interpretar el derecho? Sánchez (2010) responde que «si el jurista no acepta la importancia de la moral en el derecho, no puede pensarse en que quedaría resquebrajada la institucionalidad jurídica, aunque sí puede estar en riesgo el papel del jurista como un actor fundamental para la solución de conflictos y como un armonizador de la vida social». (Sánchez, 2010, p. 7).

En una visión panorámica que comprende una temática jurídica distinta de los más connotados casos, en el artículo de Camilo Tale(2011) luego de ofrecer una panorámica visión del problema que aquí esbozamos, concluye que «es un error pensar que sólo ciertos islotes del derecho(por ej.: lo que se refiere al aborto, la eutanasia, la corrupción de menores, la esterilización, la fidelidad conyugal...)tienen conexión con la moral, sino que la mayor parte del derecho está penetrado de principios y reglas de la moralidad». (Tale, 2011, p. 90).

Consecuentemente, se impone la necesidad de relacionar el Derecho y la moral -con mayor rigor en la época de égida del iuspositivismo-, para transitar hacia un espacio que considera a los derechos humanos a partir de su fundamento ético, que a su vez traduce el ejercicio pleno de “libertades y obligaciones correlativas” -como dice Sen (2010)-, tomando distancia de otra visión que presenta al derecho dentro del contexto puramente dogmático. Podrá auscultarse la tesis según la cual la libertad y la voluntad de la persona que se adhiere a la voluntad unilateral de otro carecen de entidad para constituir a la adhesión como un contrato en un ámbito de validez moral y validez jurídica, dada la conducta desplegada por la persona del adherente.

En esta misma línea de pensamiento, bien puede observarse que la estructura de la norma, de la cual no está ausente el contrato, no deja ver en la superficie lo que existe por debajo de ella, tal el ejemplo que presenta al sistema jurídico como algo similar a un iceberg que tiene “una parte que sobresale por encima de la superficie del mar y que cualquiera puede ver sin la necesidad de sumergirse. Pero su parte más consistente se encuentra por debajo de esa línea de superficie...”(García, 2010, p. 88). El esquema de la norma o del contrato no agota su contenido en los enunciados jurídicos que le permean y están a la vista, si no que habrá una razón de ser y una escala de valores que dimensionan e imprimen el sentido de los textos semánticos empleados y que siempre van de la mano de la razón práctica que es como un foco que ilumina hasta su comprensión.

El contrato de adhesión donde están inmersos unos contenidos, en especial las condiciones generales de la contratación que vienen predispuestos,

concebidos, redactados y aplicados por una sola de las partes, en los casos en que existan antinomias o afecciones a la regla moral, han de ser valorados en esta perspectiva iusnaturalista para allegar a un conocimiento adecuado y real sobre su validez jurídica, a partir de la comprensión y examen de valores y una regla moral que siempre está sosteniéndole con fuerza para permitir su vigencia y eficacia.

“Vemos, en resumidas cuentas, que estas doctrinas axiologistas desdoblan la naturaleza del derecho y, al tiempo y complementariamente, desdoblan en dos epistemologías jurídicas, el tipo de conocimiento que se requiere para saber del derecho. Hay siempre una naturaleza superficial y una naturaleza profunda del derecho, constituida la primera por enunciados jurídico – positivos y la segunda por valores. Y, al tiempo, hay un conocimiento superficial del derecho, propio de quienes sólo ven en él enunciados que pueden ser comprometidos en sus términos e interpretados, con márgenes de elección discrecional, en sus indeterminaciones; y un conocimiento profundo del derecho, al alcance sólo de quien domine el método de “excavación” o “buceo” que permite superar el dato superficial, equívoco, dudoso y, a veces, hasta falso o engañoso, y captar las verdades plenas e indubitadas que en el fondo del sistema se guardan, al modo de solución correcta para cada caso que al derecho se someta. Ese método se solía describir como capacidad que nuestra razón posee para escuchar los dictados grabados en nuestra naturaleza, o en el orden inmanente a la Creación. Pero en las últimas épocas más bien se explica unas veces como empática capacidad del juez sabio y virtuoso para descubrir la coherencia que en el fondo mantienen los valores vigentes en una sociedad, por mucho que en la superficie parezca que no hay tal armonía valorativa, sino una tensión dialéctica, fruto del pluralismo constitutivo de las sociedades modernas y democráticas; o como vía que recorre, para llegar a la verdad, aquella parte de nuestra razón que se ocupa de los asuntos valorativos (política, moral, derecho...) y que se llama razón práctica” (García, 2010, pp. 88-89).

## 2. El principio filosófico de la autonomía de la voluntad según Kant

“Cuando nos pensamos como libres, nos incluimos en el mundo inteligible, como miembros de él, y conocemos la autonomía de la voluntad con su consecuencia, que es la moralidad; pero si nos pensamos como obligados, nos consideramos como pertenecientes al mundo sensible y, sin embargo, al mismo tiempo al mundo inteligible también” (Kant, 1990, p. 60).

En el prólogo de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Immanuel Kant pretende construir una filosofía moral libre de bases obtenidas

por la experiencia o *a posteriori*, es decir, libre de generalizaciones obtenidas de las circunstancias particulares. El alcance de su proyecto apunta a explicar cómo es posible cimentar una obligación en la razón pura práctica, como llama Kant a una voluntad guiada por fines que obedecen a condiciones de universalidad y necesidad, y que no dependen de antropologías ni de las inclinaciones o apetitos particulares.

Kant no da una solución definitiva al problema de la posibilidad de la libertad en un mundo condicionado por leyes empíricas. En el marco de la tercera antinomia de la Razón Pura, escribe.

“El principio regulador de la razón con respecto a este problema es, pues, el siguiente: en el mundo sensible toda existencia es empíricamente condicionada; no hay en él ninguna propiedad que sea incondicionadamente necesaria; no hay ningún miembro de la serie de condiciones del que no debamos esperar —y, en la medida en que podamos, buscar— la condición en una posible experiencia; nada nos permite derivar ninguna existencia de una condición exterior a la serie empírica ni considerar ninguna existencia, dentro de la serie misma, como absolutamente independiente y autónoma. Pero no por ello nos autoriza este principio a negar que la serie entera se pueda basar en algún ser inteligible (que, por eso mismo, no sólo está exento de toda condición empírica, sino que contiene el fundamento de posibilidad de todos sus fenómenos). (A561/B589; A562/B590) (Kant, 1993, p. 481).

En la Crítica de la Razón Pura Kant ofrece una salida negativa a la tercera antinomia de la Razón pura, aquella lucha frontal contra las tesis del realismo trascendental de parte del idealismo trascendental, la cual tiene sus raíces en la exigencia de la razón de una totalidad absoluta de las condiciones (fundamentos) para todo lo incondicionado. El principio formulado en (A409/B436) extiende las exigencias de la comprensión del mundo a partir de las categorías, para considerarlo como un todo. La solución de la antinomia va a consistir en encontrar la incoherencia de considerar el mundo sensible como un todo, como consecuencia del realismo trascendental.

No obstante, esta solución negativa (“naturaleza y causalidad por libertad no son incompatibles” 558/B586) o ofrece un cimiento confiable para construir una doctrina moral que, en consecuencia, incluya una idea necesaria de libertad. “Kant habla del sentido negativo de la libertad consistente en la independencia absoluta de la voluntad de todo lo sensible. [...] El principio de la autodeterminación de la voluntad es la libertad tomada en sentido positivo” Hoyos, 1985, p. 108). La “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” intentará poner las bases sobre las cuales la razón en su uso práctico, es decir, en lo que respecta a la determinación de la voluntad, encuentre un principio supremo de la moralidad que, no solamente esté fundamentado en el deber

como necesidad absoluta, totalmente independiente de lo condicionado y determinado por causas empíricas, sino que, a su vez, encuentre en la libertad lo incondicional-necesario que, pese a no poderla tomar como objeto de conocimiento, posibilite la realidad objetiva del hecho moral. Para la filosofía crítica “la libertad es una mera idea, cuya realidad objetiva no puede exponerse de ninguna manera por leyes naturales y, por lo tanto, en ninguna experiencia posible; por consiguiente, puesto que no puede darse de ella nunca un ejemplo, por ninguna analogía, no cabe concebirla ni aun sólo conocerla. Vale sólo como necesaria suposición de la razón en un ser que crea tener conciencia de una voluntad, esto es, de una facultad diferente de la mera facultad de desear (la facultad de determinarse a obrar como inteligencia, según leyes de la razón, pues, independientemente de los instintos naturales.” (Kant, 1990, p. 64). De manera que cualquier comprensión intelectual de la libertad se encontrará con la dificultad de no ser apreciable en ninguna experiencia posible. La libertad sólo es posible aceptarla como fundamento de la moralidad, aun cuando no contemos con la experiencia de ser libres.

## 2.1 La autonomía de la voluntad como libertad

Ya es lugar común la frase de David Hume según la cual “la razón es, y debe ser, esclava de las pasiones”. Kant, por el contrario, afirma que las inclinaciones han privado a la razón de la capacidad de determinar la voluntad. Cuando el placer determina a la voluntad, la razón se determina con el principio del amor a sí mismo. Pero Kant dice que la razón sí puede determinar la voluntad sin presuponer el placer: respeto por la ley y no placer. No sigo el principio del placer, y sin ninguna amenaza de la moralidad, ejerzo una influencia incondicionada sobre el placer. El respeto es una consecuencia de la influencia de la razón, esto es, el imperativo, sobre la sensibilidad. Así el ser humano es racional en su grado máximo cuando actúa moralmente.

La voluntad es la facultad de reproducir objetos con base en representaciones o determinarse a la realización de esos objetos. De manera que, o bien la voluntad se autodetermina por el placer que el objeto le causa, o bien se autodetermina por la pura forma de la regla, como es la caracterización de las acciones morales. Cuando el hombre actúa movido por el imperativo categórico la razón sola determina a la voluntad para realizar un propósito. Pero la moralidad no se refiere a la consecución de los fines, salvando de esta manera la cuestión por la posibilidad de la libertad dentro de la serie de condiciones, sino a la determinación de la voluntad para conseguir un fin, contando que no hay un estado de cosas que sea fundamento de determinación de la voluntad. El criterio para el imperativo categórico es elevar la máxima (principio subjetivo de la acción) a ley universal, a través de la independencia de la voluntad de los influjos de la sensibilidad, y permitiendo que sea sólo la razón pura práctica la que determine a la voluntad.

Libertad es la independencia de las causas determinantes en el mundo sensible (Cf. Kant, 1990, p. 60). La nueva forma de universalidad no se reduce a lo fenoménico-empírico, es decir, está por fuera de las causas naturales. Es trascendental, no es causada por otra causa, es una voluntad libre, independiente de la naturaleza. Si mi voluntad es libre, no se puede determinar por nada empírico, ni por la materia (sensibilidad), sino por la forma; si mi voluntad libre es noumeno, el placer no lo puede tocar.

Kant tiene ahora que demostrar por lo menos la posibilidad de la determinación de la voluntad por el imperativo categórico. Si lo cumple, es libre en sentido trascendental y tiene que ser nouménica. El fundamento de lo bueno y lo malo está en lo nouménico. ¿Cómo puede fundamentarse entonces la libertad? Desde la ley moral. Nosotros conocemos la ley moral, está en nosotros, es un *factum*, dice Kant, percibimos su mandato, nos sentimos sometidos por un hecho de experiencia. Partimos de esa ley moral para deducir la libertad.

Para Kant la experiencia del deber es posible, aunque los comportamientos de la persona contradigan cualquier indicio de moralidad: “no hay nadie, ni aún el peor bribón, que, si está habituado a usar de su razón, no sienta, al oír referencias de ejemplos notables de rectitud en los fines, de firmeza en seguir buenas máximas, de compasión y universal benevolencia (unidas estas virtudes a grandes sacrificios de provecho y bienestar), no sienta, digo, el deseo de tener también él esos buenos sentimientos. Pero no puede conseguirlo, a causa de sus inclinaciones y apetitos, y, sin embargo, desea verse libre de tales inclinaciones, que al mismo tiempo le pesan. (Cf. Kant, 1990, p. 60).

La independencia de los influjos, de los apetitos o de las inclinaciones no agota el concepto de libertad. Es preciso definir qué queremos decir cuando decimos que la voluntad es la facultad de obrar por ideas o por fines. Los fines constituyen el principio explicativo de la acción: “puede pensarse una voluntad autónoma como aquella que es capaz de autodeterminarse independientemente de toda motivación meramente empírica; la autodeterminación de la voluntad significa poderse determinar para una acción por algo que en todo caso tendría que ser determinación para toda voluntad. Este es el principio de la moralidad que Kant reduce al de autonomía de la voluntad. El fundamento ontológico del principio de moralidad o de la autonomía de la voluntad es la libertad” (Hoyos, 1985, p. 108).

Aunque la autodeterminación es expresión de la libertad, en Kant es permanente su referencia al concepto de deber y con él la fuerza vinculante u obligatoria del contrato ha de provenir del deber relacionado con la moral, en una proposición autoevidente como un postulado geométrico. “La cuestión era: ¿Por qué debo cumplir mi promesa? Porque debo, y todo el mundo lo comprende perfectamente. Pero es absolutamente imposible dar otra prueba de este imperativo categórico; como es imposible al geómetra demostrar con

razonamientos que para construir un triángulo, han de tomarse tres líneas (proposición analítica)". (Kant, 1873, p. 106).

Para Kant, una voluntad absolutamente buena en sí misma, situada en el mundo nouménico, no tendría que actuar por deber para ser buena en sí, sino que ella misma actuaría por deber porque es buena en sí misma. Pero cuando esa misma voluntad se encuentra en el mundo de las condiciones sensibles, sólo podrá ser calificada como buena cuando actúa por deber, es decir, guiada por imperativos. Ahora bien, el profesor Luis Eduardo Hoyos atinadamente señala que la motivación de una acción no es lo que da su valor moral o, si se quiere, lo que le imprime un carácter normativo.

"Kant fue más o menos consciente de esto. Ciertamente es que hay una insistencia excesiva en su filosofía moral por relacionar el valor moral de una acción con aquello que la causa. De ahí surgió ese engendro que él llamó acción «por deber». Pienso que esa insistencia de Kant en buscar un motivo de la acción que la dote de valor moral incondicional es sumamente problemática, incluso perniciosa. La teoría kantiana de la acción por deber como la única acción dotada de genuino valor moral, es una teoría demasiado idiosincrática". (Hoyos, 2005, p. 203).

Y en seguida sugiere que Kant tiene otro elemento que hace comprender mejor la relación entre moralidad y racionalidad práctica: la racionalidad práctica no se agota en el esquema medio-fin, es decir, que la racionalidad práctica no es sólo racionalidad instrumental, detenida en los medios para la consecución de los fines, sino que es preciso considerar la racionalidad de esos mismos fines, es decir, el contemplar un aspecto normativo de la acción para establecer su racionalidad.

No será Kant quien establezca un método definitivo para determinar la racionalidad de los fines. Sin embargo, el concepto de autonomía de la voluntad permitió atribuir la esfera de la moralidad a los fines más elevados que una razón pueda aspirar. Una voluntad con arreglo a fines sometida a los dictados de la razón, guiada por imperativos racionales, es lo que podemos llamar una voluntad en sentido pleno. De ahí que el término voluntad haya adquirido en la contemporaneidad un rasgo intelectual que le sería propio, toda vez que se identifica con la razón práctica, es decir, una voluntad con arreglo a fines provenientes de la deliberación racional.

### 3. El principio jurídico de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es una aproximación a una buena explicación del concepto de libertad, pero la independencia de los influjos, de los apetitos o de las inclinaciones no agota el concepto de libertad. Es preciso definir qué

queremos decir cuando decimos que la voluntad es la facultad de obrar por ideas o por fines. Los fines constituyen el principio explicativo de la acción: “puede pensarse una voluntad autónoma como aquella que es capaz de autodeterminarse independientemente de toda motivación meramente empírica; la autodeterminación de la voluntad significa poderse determinar para una acción por algo que en todo caso tendría que ser determinación para toda voluntad. Este es el principio de la moralidad que Kant reduce al de autonomía de la voluntad. El fundamento ontológico del principio de moralidad o de la autonomía de la voluntad es la libertad” (Hoyos, 1985, p. 108).

Aunque la autodeterminación es expresión de la libertad, en Kant es permanente su referencia al concepto de deber y con él la fuerza vinculante u obligatoria del contrato ha de provenir del deber relacionado con la moral, en una proposición autoevidente como un postulado geométrico. “La cuestión era: ¿Por qué debo cumplir mi promesa? Porque debo, y todo el mundo lo comprende perfectamente. Pero es absolutamente imposible dar otra prueba de este imperativo categórico; como es imposible al geómetra demostrar con razonamientos que para construir un triángulo, han de tomarse tres líneas (proposición analítica)” (Kant, 1873, p. 106).

La autonomía de la voluntad en su excursus filosófico es más una actitud individual de cara al deber, y es tan subjetiva que no posee las condiciones mínimas de una verdadera voluntad contractual. En la teoría jurídica contractual el principio de la autonomía de la voluntad ha sido utilizado como referente para reconocer la validez, la eficacia y la legitimación de los contratos, según un pensamiento jurídico que cree posible acuñar estas nociones con arraigo en el derecho apartándose de su sentido filosófico original.

En el despliegue de la Modernidad y de las libertades de negociación propias de las sociedades burguesas, el principio de autonomía de la voluntad se constituye como la causa de la obligación sobre la que recae la validez y legitimidad de un contrato. La autonomía contractual tiene que ver más con una suerte de potestad de los particulares para darse un ordenamiento que con una demostrada aplicación del concepto filosófico expuesto y desarrollado por Kant.

Con todo, en la contemporaneidad es posible encontrar opiniones que van desde la afirmación de este principio como fundamento de los contratos de derecho privado, hasta opiniones en sentido contrario, que ven en el principio de la autonomía de la voluntad un postulado sin importancia que está en plena decadencia.

Los cultores del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico vislumbran una evocación de la libertad que animó la voluntad erigida a la luz de los valores y las reivindicaciones burguesas clásicas, mientras que las

opiniones que ven en la autonomía de la voluntad un concepto perteneciente a la filosofía y no correspondiente con el derecho fundan su tesis en que los móviles éticos son propios de la filosofía y los móviles del derecho pueden ser de otra naturaleza, es decir, que al derecho interesa el cumplimiento de la norma para que no emerja la consecuente sanción, sin importar los móviles que realicen la acción.

Sólo a finales del siglo XIX, al vulgarizarse la obra de Kant, la doctrina jurídica francesa sentó las bases de este dogma para explicar la teoría general del contrato. Luego a partir del análisis de las fuentes del *Code*, los franceses alcanzaron a constatar que el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato no estaba en la autonomía de la voluntad, concepto ignorado hasta entonces sin aparecer en el texto del código civil francés. No deja de llamar la atención que los primeros juristas que aludieron a la autonomía de la voluntad, primeramente Weiss y Brocher (Pizarro, 2004, p. 230), no hubiesen realizado ninguna referencia a Kant (1873), ni siquiera a su obra jurídica denominada “Principios metafísicos del Derecho”, donde razonablemente la expresión “autonomía de la voluntad” está ausente.

El problema de la autonomía de la voluntad debe abordarse, por consiguiente, ubicando el surgimiento y consolidación que ha tenido tanto en la filosofía como en el derecho, en orden a verificar el parentesco existente entre ambos, o por el contrario, tal como lo propone Ranouil (1980, p. 53-56) identificar razones para separar y mostrar las diferencias entre este concepto en la filosofía kantiana y su caracterización como dogma de la voluntad en el ámbito jurídico contractual.

Es significativo que el autor Carlos Pizarro Wilson haya acudido al principio de exclusión para conocer que la expresión autonomía de la voluntad expuesta en la “Crítica de la razón práctica”, no constituye el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, porque para Kant tiene un componente ético en sus móviles, mientras que para los juristas el móvil para cumplir la ley no es necesariamente ético sino de diversa naturaleza, tal como existe la diferencia de sentido y contenido entre la moral y el derecho, en tanto aquella presenta normas internas que no traen consigo sanciones por su incumplimiento, el derecho tiene consecuencias punitivas por su no acatamiento. Así, hace consistir la diferencia del concepto de autonomía de la voluntad en la filosofía y en el derecho, en que el móvil de la acción en aquella es la moralidad y en éste es la legalidad (Cf. Pizarro, 2004, p. 226).

En la disquisición planteada por Pizarro Wilson, sobre las diferencias de la filosofía Kantiana con la doctrina jurídica, respecto de la autonomía de la voluntad, se encuentra un criterio divergente expuesto por Fouille en su obra *L’idée moderne du droit*, quien reconoce a la obra de Kant como fundamento

del derecho positivo en lo que respecta a la autonomía de la voluntad contractual, sin explicar los conceptos filosóficos y jurídicos que permiten esa afirmación. Por su parte, Gény en el derecho civil francés fue el primero en utilizar la expresión “autonomía de la voluntad” en una cátedra sobre el método, 1899, sin explicar una diferencia fundamental del concepto en las disciplinas jurídicas y filosóficas. Pero, en este punto es pertinente preguntar por el valor que hay detrás del concepto de autonomía, pues el principio se ajustó precisamente a la necesidad de configuración jurídica y moral del individuo perteneciente a una sociedad liberal sostenida por el principio de libertad y la equidad. Este valor es la noción de persona.

“Fueron los filósofos del siglo XVIII los que sostuvieron que la voluntad era la fuente de las obligaciones y le atribuyeron un valor moral. Así, el recordado maestro Guillermo Borda ha escrito que el siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder jurígeno, y según Manuel De La Puente, el contrato fue considerado como la expresión de la libertad individual más absoluta. En el siglo XIX, era muy conocida la frase de Fouille: “*Quien dice contractual, dice justo*”. En el mismo sentido, los postulados de la revolución francesa concibieron una sociedad compuesta por hombres libres e iguales que regulaban sus intereses con absoluta libertad, por lo tanto toda intervención del Estado aparecía como altamente dañosa. En consecuencia, el contrato libremente discutido era necesariamente justo y equitativo, y toda intervención del legislador implicaba una injusticia por desnaturalizar ese equilibrio. Sobre la base de estos ideales de libertad e igualdad, y el pensamiento de los juristas franceses Domat y Pothier, se edificó el gran Código Civil francés, cuya filosofía se extendió luego a los demás códigos civiles decimonónicos” (Soto, 2003a, p. 526).

## 4. El Contrato por adhesión: Naturaleza y Evolución

Es menester ofrecer una noción –siquiera elemental– del contrato por adhesión, el cual reporta unas particularidades para su perfeccionamiento que lo diferencian del resto de contratos típicos, a saber: **mediante este contrato, una sola de las partes expresa su voluntad, entre tanto, el extremo contrario opta por adherir sin que se le permita ejercer su facultad de negociación.**

### 4.1 Del contrato negociado al contrato de adhesión

Una de tantas causas que han cambiado el escenario decimonónico es la sociedad industrializada. Para el siglo XIX era posible aceptar que un contrato era el encuentro de dos voluntades: “ni la voluntad sola del que promete, ni la

del que consiente (como aceptante), basta para hacer pasar lo suyo del primero al segundo; se necesita la reunión de estas dos voluntades, y por consiguiente, la declaración simultánea de ambas” (Kant, 1873, p. 404).

El contrato de adhesión pertenece a la contemporaneidad cuando es erigido a finales del siglo XIX e inicios del XX, en la escena de la sociedad capitalista francesa, y considerado desde entonces por la teoría jurídica como un instrumento revelador de la necesidad de transferencia de bienes y servicios que tienen las personas para realizar un determinado objeto en sus ámbitos propios. Se singulariza por la predisposición y establecimiento de elementos esenciales y no esenciales en forma unilateral por una de las partes, a lo cual se adhiere la otra sin oportunidad de negociar sobre ninguno de esos elementos ya dados.

Según un criterio dominante en la teoría jurídica, la adhesión correspondería a la aceptación o manifestación de la voluntad mediante la cual aflora el consentimiento, que secularmente la teoría general del contrato considera como una voluntad en sentido positivo, y a su vez, constituye el fundamento de la formación del contrato.

“La predeterminación del contenido del contrato por una de las partes mediante el recurso a condiciones generales que se emplea para celebrar un número indeterminado de negocios o formularios **inmodificables**. El segundo de ellos es la presentación de ese contenido al que se quiere contratar con la condición única de **aceptarlo** o **rechazarlo**” (Cepeda, 1985, p. 9).

Con todo, uno de los aspectos del problema jurídico aquí planteado es demostrar que el acto de adhesión no constituye una manifestación de voluntad autónoma, ni es la expresión del consentimiento que el derecho positivo exige como requisito de validez del contrato, en una gama amplia de circunstancias y de casos donde el adherente asiste a emitir esa voluntad aceptando todas las condiciones impuestas por la otra parte, con la finalidad de acceder al bien o servicio. Así, el acto de adhesión tiene caracteres de unilateralidad e impositivo.

Luego en 1912, Gounot en perspectiva jurídica y no filosófica se refirió al principio de la autonomía de la voluntad como un pseudo-principio, inspirado en la idea finalista de criticar al dogma de la voluntad, de manera simultánea con la aparición de la contratación en masa (contrats d’adhesión), para con ello demostrar desde ese momento el inicio del declive de dicho principio.

Se aprecia de recibo la connotación atribuida a la autonomía privada, traducida en la manifestación de la voluntad; mas su impronta no la convierte en un elemento de la esencia, tal como proponen los autores alemanes de la

Escuela Pandectística<sup>10</sup>, y como sostiene la Escuela Objetiva con Emilio Betti a la cabeza<sup>11</sup>. Por consiguiente, en el derecho contractual tradicional la relación jurídica entre dos contratantes nace de su consentimiento libre y autónomo, a diferencia de lo que ocurre en las formas modernas de contratación masificadas:

“Saleilles en su obra *«La déclaration de volonté»*, publicada en 1901, observó que los contratos de trabajo, de seguro y de transporte no descansaban en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del código se había sustituido por lo que denominó por primera vez contratos de adhesión” (Bernal y Villegas, 2008, p. 156).

Es necesario entonces definir el contrato de adhesión que difiere de las notas distintivas del principal negocio jurídico (contrato), sobre todo en lo que respecta a la autonomía de la voluntad, toda vez que en la tipología del contrato de adhesión se aprecia una marcada –e injustificada– limitación. En la doctrina científica francesa de la primera mitad del siglo XX, Josserand advertía que: “ha hecho su aparición en el siglo último, y ha tenido una rápida fortuna, otro contrato que excluye toda discusión, todo regateo entre las partes” Josserand, 2006, p. 30), con lo que se refería al contrato de adhesión, en el que a no dudarlo, uno de los extremos contractuales soporta las imposiciones caprichosas del otro sujeto del negocio. Más adelante sostiene: “Se presenta por una de ellas un proyecto de convención; se ofrece este hecho al público, al primero que llega; cualquiera puede acogerse a él, pero con la condición de aceptarlo tal cual es: tomarlo o dejarlo” (Josserand, 2006, p. 30).

Pertenecen a este género contractual, las compras realizadas en los grandes almacenes de cadena, los precios pactados por la autoridad administrativa en materia de transporte público y los contratos de seguros, entre otros. Puede observarse que la técnica formativa del contrato se encuentra modificada y desnaturalizada con la falta de atención de un gran número de juristas que han dejado a la dinámica de los tiempos esta gran problemática sin formular una crítica que reformule su estructuración como contrato, siendo que es necesario un juicio analítico sobre el apremio de la voluntad que hace el predisponente al actuar con unilateralidad y sesgo impositivo que no permite modificación o alteración de sus cláusulas, so pena de impedir el acceso al bien o servicio por el interesado. Rakoff (2006) distingue dos elementos que se conjugan en los contratos por adhesión: el uso de formas estandarizadas o

10 En Colombia, el maestro Arturo Valencia Zea (2004) confesó en su Tratado de Derecho Civil (VI Tomos) su adhesión a los trabajos de la Escuela Pandectística; es más, en defensa de sus ideas, promovió la teoría del *Rechtsgeschäft* (transacción), como resultado de estudios jurídicos superiores a las conclusiones de la Escuela Voluntarista y su *Acte Juridique*.

11 En el medio académico nacional, el profesor bumangués Antonio Bohórquez Orduz (2004) y (2004a), participa del espíritu objetivista de los autores italianos.

preimpresas, y el esquema “tómelo o déjelo”, lo cual comporta una fórmula impositiva que de suyo resulta antinatural a la noción clásica de contrato:

“Uno de los factores que intuitivamente yace en el centro del concepto es el uso de “formas” estandarizadas. Pero este elemento por sí mismo no es lo suficientemente diciente; dos partes pueden usar formas estandarizadas como base en una negociación, y nadie estaría preocupado. Otro de los factores centrales es que las prestaciones suelen ser presentadas en un esquema de “tómelo o déjelo”. Esto también, considerado en sí mismo, no es suficiente; los vendedores de bienes suelen establecer los precios de manera fija, y sin abierta a la negociación en muchos contextos comerciales inobjetable. Es la combinación de estos dos elementos lo que caracteriza el problema doctrinario que representan estos contratos” (Rakoff, 2006, p. 60).

En cuanto respecta al contrato por adhesión desde un criterio iuspositivista como iusnaturalista, se observa las diferencias estructurales con la noción secular del contrato que presenta la teoría jurídica, precisamente por la adhesión, que tiene sesgo de unilateralidad en tanto no existe posibilidad de expresar un disenso por la parte que se adhiere y por lo contrario, la voluntad del predisponente es determinante de la voluntad del adherente quien no tiene otra opción que acceder al bien o servicio que desee y acogerse a las condiciones que le son predispuestas. He aquí un límite del principio de la autonomía de la voluntad en sentido filosófico y también jurídico, lo cual no se compadece con el concepto de derecho fundamental a la igualdad y a la libertad que son referentes de validez de los actos jurídicos emitidos por las personas.

En Colombia, el profesor Arturo Valencia Zea, considera que este modelo contractual es producto del capitalismo agresivo de Occidente; afirma que el contrato de adhesión es “en el que se elimina toda discusión. Lo emplean las grandes empresas y en general los comerciantes para la venta de sus productos, para el suministro de energía, para el transporte de personas o cosas. La empresa anuncia al público las condiciones del contrato, sin permitir sobre ellas discusión alguna” (Valencia, 2004, p. 54); no es debatible que en última instancia, exista libertad de adherencia o disidencia, pero la imposibilidad de proponer cambios al clausulado resulta ser una paradoja, puesto que se ha considerado que en materia contractual, la voluntad encuentra el más amplio campo de acción siempre que no riña con los conceptos de bien común y orden público.

Frente a esta contradicción no son pocos los autores que han manifestado su inconformidad respecto a la limitación del ejercicio negocial. “Queda claro, también, que más importante que conocer la voluntad individual, es conocer la voluntad común de las partes contratantes, ya que ésta es la que, en realidad, da nacimiento a la relación contractual” (Leyva, 2008, p. 170).

El mismo Josserand –teniendo en mente a juristas de la talla de Hariou y Duguit- se aventura a proponer que:

“En estas condiciones, no es igual la situación entre las partes que desempeñan papeles de importancia desigual; una de ellas hace un reglamento, una *redacción por anticipado*, emite una tarifa, mientras que la otra se limita a acogerse a ella, a aceptar sus disposiciones sin tener la posibilidad de discutir las; se limita a dar su *adhesión*; de ahí el nombre de *contratos de adhesión*, o, más correctamente, *contratos por adhesión*. La desproporción de los papeles es tal, que uno se pregunta si habrá verdaderamente contrato y se llega a negar que sea así. El pretendido contrato de adhesión, ‘pura apariencia’, cuyo ‘contenido reglamentario riñe con su envoltura’, no sería para algunos más que un acto unilateral, porque una de las partes, al emitir una ‘*voluntad reglamentaria*’, impone su decisión a la otra, y ésta no desempeña en la operación más que un papel casi pasivo” (Josserand, 2006, p. 31).

En efecto, si una de las partes no cuenta con el espacio para proponer, disentir y acordar, por demás soporta la carga de la obligatoriedad de todas las cláusulas redactadas unilateralmente por la otra parte, so pena de la no realización del acto, se desdibuja la naturaleza del contrato, que según la Escuela Objetiva –con rigurosa concreción-, es definido como “el instrumento que el derecho otorga a las personas para la disposición de sus intereses” (Bohórquez, 2004, p. 31)<sup>12</sup>; entonces, si este instrumento no puede ser utilizado a plenitud por uno de los sujetos de la relación contractual, que tiene necesidades por satisfacer, **¿es válido jurídica y moralmente que a este tipo de transacciones se les llame contrato?**

Valencia (2004) señala que al examinar “mejor las cosas, la poca libertad de adherirse a un contrato de esta clase o de abstenerse de celebrarlo, resulta en la mayoría de los casos irrisoria”. Es una verdad manifiesta que el capitalismo trajo consigo desarrollo, pero también, gestó el monopolio; y en tal sentido existen bienes y servicios en el tráfico mercantil que son producto exclusivo de unas cuantas empresas, de modo que –continúa Valencia– “cuando los servicios de primera necesidad son prestados por una sola empresa, no hay competencia. Como tales servicios son necesarios para que cada cual pueda vivir dentro de la sociedad, pues no es posible concebir aislamiento de las personas, resulta forzoso celebrarlos” (Valencia, 2004, p. 54)

Después de manifestar su inconformidad, Arturo Valencia Zea se rinde ante la unanimidad doctrinal y deja de lado su crítica, porque el capitalismo es

12 En dirección similar, Emilio Betti (2010) enseña que es “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (actos de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)” (p. 31).

irreemplazable en el modelo económico colombiano. De igual manera, por muy respetable e influyente que sea Josserand, tras presentar las razones de su disenso, se intimida ante la abrumadora mayoría, afirmando:

“Esta concepción es generalmente rechazada; los contratos de adhesión son verdaderos contratos; la ley no exige, en ninguna parte, que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos, pues hemos de cuidarnos de confundir *tratos previos* con el contrato. No estamos ya en el tiempo en que la estipulación romana reinaba soberanamente. Ni la *igualdad económica* ni la *igualdad verbal* son condiciones para la validez de los contratos, bastando para dicha validez la igualdad jurídica. La prueba la tenemos en que la *donación*, que es, de hecho, obra exclusiva del donador y cuyas condiciones no podría discutir el beneficiado, es, no obstante, un contrato, según opinión unánime” (Josserand, 2006, p. 31).

Resulta sorprendente el giro dado por Josserand al respecto de los contratos de adhesión; acaso por timidez el ilustre profesor cesa de elucubrar. El caso es que la ausencia de libertad para transar las cláusulas desvirtúa la médula del contrato –el acuerdo de voluntades. No obstante, son abundantes las consideraciones de la doctrina autorizada en reputarlo unánimemente como contrato. Es más, de una pincelada, Josserand aprueba la noción de contrato de adhesión al equipararlo con una donación; relación que no es de recibo, pues, esta es una liberalidad dispositiva en favor exclusivo de otro; mientras que en la adhesión se persigue la satisfacción mutua de intereses de diferentes contenidos, a pesar de los caracteres que limitan la negociabilidad.

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su Sala de Casación Civil, el 15 de Diciembre de 1970, sentenció lo que a continuación se transcribe:

“Tampoco encuentra la Corte fundado este otro reparo del recurso, porque es inexacta la afirmación que en él se hace, según la cual la aparición en el comercio moderno de los contratos por adhesión hubiera determinado respecto de estos una aplicación restrictiva del artículo 1602 del Código Civil o una ampliación del alcance del artículo 16, *ibidem*, hasta el punto de que los jueces quedasen autorizados para negar valor u obligatoriedad a cláusulas de dichos contratos, aunque la ley no las considere ilícitas por ser violatorias de los mandatos imperativos de la misma, o por ser contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

Cierto es que si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, parecería lógico la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre, previa discusión entre estas, de todas y cada una

de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre las cláusulas y condiciones del mismo. Ordinariamente ocurre esto en puntos de transportes, seguros, compraventa en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, etc., pues las grandes empresas que se dedican a estos ramos suelen fijar, por sí solas, sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no. Esta nueva forma de contratación, impuesta por la complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos, por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro.

Cierto es también que las características especiales del contrato por adhesión han inducido a varios tratadistas del derecho público y a unos pocos civilistas, como Duguit, Hauriou, Saleilles y otros, a negar su índole contractual. Para ellos, el llamado contrato por adhesión es un acto jurídico unilateral, en que el único y verdadero agente, generalmente una poderosa empresa, al emitir una voluntad reglamentaria impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación. Pero la gran mayoría de los tratadistas de derecho civil y la jurisprudencia rechazan esta concepción artificiosa, con fundamento en que la ley, en parte alguna, exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión entre los agentes. Como dice Jossierand, “ni la igualdad económica ni la igualdad verbal son condiciones necesarias para la validez de los contratos: basta con la igualdad jurídica”. Por consiguiente, para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo.

No es, pues, de recibo, y está en contradicción con dichas premisas admitidas por el mismo Jossierand, la facultad que este autor le reconoce al juez, en lo que coincide la tesis del censor, “para entrar a decidir si tal o cual cláusula del contrato por adhesión ha sido verdaderamente aceptada por las partes o si su inserción en un reglamento compacto y misterioso constituye trampa contra una de ellas”. En esta misma contradicción ha incurrido la Corte, lo que impone consideraciones que se vienen haciendo por vía de rectificación doctrinaria. Es claro que si la adhesión de un parte a la voluntad

de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente. Lo que sí se justifica, atendiendo a los peligros que ofrece la naturaleza del contrato por adhesión, tan importante y frecuente en el comercio moderno, es que la ley misma, no el juez, se preocupa por evitar la inserción de cláusulas leoninas en los reglamentos de las empresas, como lo ha hecho en materia de transportes al exigir a los empresarios que fijen sus tarifas de acuerdo con la autoridad y al prohibirles que se exoneren de responsabilidad. También se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas en favor del adherente, que es a lo que, entre nosotros, conduce el inciso 2° del artículo 1624 del Código Civil”<sup>13</sup>.

Los corolarios son evidentes: el máximo Tribunal en lo Civil no tiene presente que el hombre es fin de sí mismo, de modo que para la satisfacción de sus demandas de bienes o servicios, una persona recurre a la celebración de un contrato por adhesión, en muy pocas ocasiones lo hace por convicciones sobre su legitimidad, y más bien actúa con limitación de su libertad, recibiendo imposiciones. En efecto, aunque se predique una teórica libertad contractual, el capitalismo ha posicionado a grandes grupos económicos que imponen sus condiciones y, no menos cierto resulta que el particular se adhiere con voluntad condicionada porque es así dispuesto por ese mercado que no siempre tiene consonancia jurídica.

Puede interpretarse como una antinomia, afirmar -refiriéndose a quien adhirió- que “aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo” (C. S. J. Sent. 15 de Diciembre de 1970. M. P. José María Esguerra Samper).

En sentido opuesto a las afirmaciones contenidas en la pre-transcrita sentencia de la Corte, es posible formular el siguiente interrogante.

¿Si la libertad de contratar es un poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, éste no podría verse desfigurado o desnaturalizado hasta su eliminación, en la medida en que se pretenda imponer por el predisponente o contratante unas condiciones que reflejan desigualdad y aprovechamiento suyos?

Esa facultad del potencial adherente, informada en la sentencia de la Corte y la doctrina de derecho comparado en Occidente, en los siglos XIX, XX y XXI, identificada como “*habiendo podido no hacerlo*” (C. S. J. Sent. 15 de Diciembre de 1970. M. P. José María Esguerra Samper),

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, ordinario de Manuel de Jesús Cifuentes contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., CXXXVI, PP. 190 y 191, M.P. José María Esguerra Samper.

¿no es mucho más que una fórmula retórica, algo significativo en su esfera de acción que no permite apreciar que cuando son inaceptables las condiciones de la negociación, que pretende imponer el contratante o predisponente, modulan la voluntad de aquel hasta llevarle a prescindir de la celebración del acto, afectando un derecho fundamental que es esencial al contrato, como la libertad de contratar?

Ciertamente, surge un juicio crítico ante esa fundamentación de la validez del contrato de adhesión que apela a la oración: “*habiendo podido no hacerlo*” (C.S.J. Sent. 15 de Diciembre de 1970. M. P. José María Esguerra Samper). Un concepto revisionista de esa fórmula bien podría iniciar el análisis para establecer los efectos de ese tipo de imposiciones en la esfera contractual, verificando que un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia considera que la libertad de realizar o no el contrato, es distinta de la libertad de establecer su contenido y, que aquella es esencial y esta última no lo es.

La tan mencionada excusa de la sociedad masificada no puede ser en modo alguno una justificación para la supresión de la fase de negociación de cualquier contrato. De manera que será preciso examinar con juicio crítico estos fenómenos y sus nuevas realidades, que el derecho comparado presenta de manera uniforme y califica sin inconvenientes como un contrato, aun cuando ese producto tenga viciado el principio de autonomía de la voluntad.

En este tipo de contratos, la condición de la libertad no es suficiente para estructurar el principio de la autonomía de la voluntad y pese a ello, se insiste en denominarle como contrato por los teóricos del derecho.

“Tampoco son contratos con las masas humanas, sino contratos de un mismo tipo contractual celebrados en serie con cada una de las personas que desean adquirir un bien o servicio. En este sistema contractual se utiliza cuantitativamente, un contrato típico o atípico, como puede ser una compraventa, un arrendamiento, un mutuo, etc.” (Soto, 2003, p. 573).

Finalmente, el Auto 2008-00090 del 24 de noviembre de 2014 del CONSEJO DE ESTADO, afirma en una de sus partes que al trasladar las características del abuso de la posición dominante y de su injerencia en la negociación – contratación adhesiva– al ámbito de la conciliación, concluyó que la entidad demandada, por el hecho de ser una entidad estatal y estar respaldada por toda la institucionalidad y el poder que esto implica, ostenta una posición de dominio ante la contraparte procesal –víctima–, quien se ve influenciada por el temor reverencial y la necesidad de la pronta administración de justicia, lo que conlleva a que se vea restringida su libertad de negociación y termine aceptando un acuerdo económico que posiblemente sea inferior a la condena que se obtendría en el fallo de segunda instancia...” Y continúa explorando la afectación de la adhesión sobre el principio de la autonomía de la voluntad.

## Conclusiones

Cabe concluir en sentido lógico que las cláusulas generales de contratación, al ser elaboradas unilateralmente por el predisponente, con la previa definición de no ser susceptibles de negociación y por ende no ser posible su alteración, modificación o eliminación, presentan la sustancia propia del acto impositivo que excluye un consenso auténtico. Es verdad en sentido lógico y jurídico que el fenómeno de la unilateralidad altera la voluntad del adherente al aceptar lo predispuesto, so pena de no celebrarse el contrato y por ende carecer de todo acceso al bien o servicio que constituye su objeto. La circunstancia de discrepar del contenido de tales cláusulas por la persona interesada en obtener el bien o servicio de que se trate, es causa de la no celebración del contrato, en tanto así lo decide el predisponente.

Las anteriores afirmaciones denotan el carácter no contractualista del acto de adhesión, porque no puede dejarse de lado el claro matiz de unilateralidad presente en la sustancia de las actuaciones posibles en el íter o recorrido correspondiente al contrato de adhesión, según se analice el acto humano donde confluyen la voluntad y la razón.

El primer momento presenta unos supuestos de corte individualista, en el que el propietario del bien o servicio susceptible de conformar el objeto del contrato de adhesión proyectado, lo pre-condiciona a su libre criterio y propia valoración del fenómeno económico y de la necesidad de la persona interesada, estableciendo por sí y ante sí, las cláusulas esenciales y no esenciales que incorpora a su texto.

Desde su origen estas cláusulas van marcadas por el sello de lo pétreo o inmodificable, porque es esa la sustancia que preside el negocio propuesto por el predisponente, es decir, que uno de los elementos esenciales del negocio como el objeto y su correlación con el precio, es estático. Solo participa la voluntad del predisponente y jamás la de una persona distinta. Por tanto, este acto no tiene naturaleza contractual por ser ontológicamente unilateral.

Luego en igual sentido verificamos la realidad no contractual del acto de adhesión, porque existe en realidad una sola voluntad, la del predisponente, que determina bajo sus propios dictados las consecuencias de la no aceptación por el interesado del clausulado predispuesto: la no consolidación del contrato. Bien se observa que el poder decisorio radica exclusivamente en el predisponente y el sesgo impositivo que tiene su propuesta al declarar una voluntad permisiva del contrato sometido a la condición de ser aceptada, es decir, que en este último evento la manifestación de la voluntad del adherente deja ver una aceptación aparente porque la imposición de las cláusulas dadas por aquel se mantiene desde

el origen hasta el final. La aceptación de la imposición no desnaturaliza a ésta porque el deseo de contar con el bien o servicio en concreto no le deja otra opción al adherente.

El principio lógico de no contradicción impide que una cosa sea y no sea al mismo tiempo, y en esa perspectiva no se considera válido sostener que la unilateralidad con que actúa el predisponente sea tal y al mismo tiempo, no lo sea cuando el adherente expresa su sometimiento a ella, dado que es unilateral todo el tiempo sin dejar de serlo al final cuando es aceptada sin ninguna posibilidad de no serlo ya.

Demostremos la naturaleza no contractualista del contrato por adhesión porque falta la libertad de expresar la discrepancia en uno o más puntos de la propuesta que hace el ofertante, estando obligado el adherente a no alterar o modificar la imposición que le es presentada, so pena de no celebrar el contrato. Por tanto, el sometimiento debe ser integral para satisfacer el apetito o inclinación de la persona interesada.

## Bibliografía

Alvarez, S. (2008). *La relevancia de la filosofía moral para el derecho*. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-barba. Madrid: Dykinson.

Aubrey, C. y Rau, Ch. (1897). *Cours de Droit civil Francais d'après la méthode de Zacharie*, T. I, Paris: Imprimerie et Librairie Gènèrale de Jurisprudencia, Marechal et Billard.

Baciero, F. (2007). La ley moral natural según Francisco Suárez. En: *Revista española de Filosofía Medieval* 14. 105-118.

Betti, E. (2010). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Comares.

Bohórquez Orduz, A. (2004). *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Colombiano, Anotaciones Para una Teoría General: Noción, Elementos Estructurales, Eficacia e Ineficiencia*. Vol. I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

\_\_\_\_\_. (2004a). *De Los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Generalidades Contractuales*. Vol. II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Cepeda, M.J. (1985). Los Contratos por adhesión: problemas y soluciones. *Revista de Derecho Civil*, 3. pp. 7-63. Citado en: Salazar, D. (2006). Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. En: *Revista de Derecho Privado* 37. pp. 3-56.

*Código Civil y Legislación Complementaria*. (2011). Bogotá: Legis.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de Diciembre de 1970. Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper.

Dussel, E. (2001). Algunas reflexiones sobre la “falacia naturalista”. (¿Pueden tener contenidos normativos implícitos cierto tipo de juicios empíricos?). En: *Diánoia* 46. 65-79.

- Echeverri Salazar, V. M. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión". Medellín. En: *Opinión Jurídica*. p. 134.
- Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. En: *Opinión Jurídica* 10(20). pp. 125-144.
- García Amado, J. A. (2010). *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Externado de Colombia.
- García, J.R. (2009). *Los Contratos de Adhesión*. En: Tratado de Contratos, Tomo II, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- González de Alaiza, J. J. y Pertíñez, F. (2009). *Los contratos de adhesión y la contratación electrónica*. En Bercovitz, Rodrigo (Dir.). (2009). Tratado de Contratos. Valencia: Tirant Lo Blanch. pp. 1582-1758.
- Gual, J. M. (2008). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Hervada, J. (1989). *Cuatro lecciones de derecho natural*. Pamplona: Eunsa.
- \_\_\_\_\_. (2006). *Introducción Crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis.
- Hobbes, T. (1994). *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: FCE.
- Hoyos, G. (1985). Por un concepto crítico de libertad en la filosofía práctica de Kant. En: *Ideas y valores*. (66-67). 101-115.
- Hoyos, I. M. (2000). Prólogo a la primera edición. En: Hervada, J. (2006). *Introducción Crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis. pp. XVII - XXXVII.
- Josserand, L. (2005). *Los Móviles de los Actos Jurídicos en el Derecho Privado*. Bogotá: Leyer.
- \_\_\_\_\_. (2006). *Teoría General de las Obligaciones*. Leyer.
- Kant, I. (1873). *Principios metafísicos del derecho*. En: G. Lizárraga (Trad.). Madrid.
- \_\_\_\_\_. (1993). *Crítica de la Razón Pura*. En P. Ribas (Trad.). México: Alfaguara.
- Kant, M. (1990). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. En F. Larroyo (Trad.). México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kordokin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión contractual. En: *Revista de Derecho Privado* 37, pp. 169-175.
- Laun, R. (1959). *Derecho y moral*. México: Universidad Autónoma de México.
- Leyva Saavedra, J. (2008). Interpretación de los contratos. En: *Revista de Derecho y Ciencia Política* 65.
- Mantilla, B. (1962). *La filosofía del derecho de Felice Battaglia*. En: *Estudios de Derecho* 21 (62). 423-445.
- Mejía Quintana, O. (2009). *Estatuto Epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado Madrid.
- \_\_\_\_\_. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Petit, E. (1996). *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Duodécima Edición. México: Porrúa.
- Pizarro, C. (2004). Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1.545 del Código Civil chileno. En *Revista Chilena de Derecho* 31 (2). 225-237.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1997). *Tratado de Derecho Civil*. México D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- Rakoff, T. D. (2006). Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. En: *Revista de Derecho Privado* 37. pp. 57-168.
- Ranouil, V. (1980). *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: PUF.
- Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: Gran Colombia.
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. En: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* 6 (12). pp. 199-220.
- Rubiel, J.M. (1997). *Contratos por adhesión*. En: *Revista de Derecho privado* 8 (22). pp. 53-60.
- Salazar, D. (2006). Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. En: *Revista de Derecho Privado* 37. pp. 3-56.
- Sánchez, J. (2010). La relación entre la moral y el derecho. Un tema antiguo nuevamente posicionado. En: *Revista Jurídica Amicus Curiae* 4 (2). pp. 1-7.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. México: Santillana.
- Serrano Alonso, E. (2010). Consejo General del Poder Judicial. Interpretación de los contratos de adhesión. Salvador.
- Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. En: *Vniversitas* 106. pp. 563-609.
- \_\_\_\_\_. (2003a). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. En: *Vniversitas* 106. pp. 519-562.
- \_\_\_\_\_. (2011b). *Libertad de contratar y libertad contractual*. Bogotá: Javeriana.
- Stiglitz, R. (1994). *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Tale, C. (2011). Moral y derecho positivo (comparación y relaciones). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 14, pp. 61-109.
- Valencia Zea, A. (2004). *Derecho Civil, de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.