

Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos

SILVANA FORTICH*

Sumario: Introducción. I. El consensualismo: un principio con bases sólidas. A. Algunas precisiones sobre la noción del principio del consensualismo. B. El triunfo del principio del consensualismo y su consagración legal. C. Fundamento moral del principio: la autonomía de la voluntad II. El consensualismo como principio general del derecho. A. El rol del consensualismo como principio general en el sistema de derecho privado de los contratos. B. La autonomía del principio del consensualismo. Los principios generales como fuente autónoma del derecho. C. El formalismo: la excepción que confirma la regla.

Resumen: En materia de derecho de los contratos el *solus consensus obligat* implica que, en principio, los contratos se forman por el solo consentimiento de las partes y los modos para su exteriorización son libres. En la actualidad la palabra "consensualismo" se encuentra casi forzosamente precedida por el sustantivo descriptivo "principio", lo que indica que el carácter de principio del consensualismo es un asunto que se entiende natural, obvio y bastante arraigado en las bases de nuestro derecho privado de los contratos. A pesar de esta naturalidad como principio que caracteriza al consensualismo, en el presente estudio se pretende dejar de lado esta asentada convicción y regresar a las razones y fundamentos que justificaron su elevación a rango superior. Luego de algunas

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia; Docente investigadora del Departamento de Derecho Civil de la misma institución académica. DSU *Droit Civil Paris II*, Master II *Droit Privé Général* Université Paris II Panthéon Assas, Actualmente candidata a doctor en derecho de la misma universidad. Correo electrónico: [silvana.fortich@uexternado.edu.co]
Fecha de recepción: 15 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012.

precisiones sobre la noción, alcance y fundamentos del principio del consensualismo se formula un ejercicio de confrontación conceptual que conduce a relevar el carácter principalista del consensualismo.

Palabras clave: principios generales del derecho, principios, fuentes del derecho, contratos, negocio jurídico, formación del contrato, autonomía de la voluntad, consentimiento, consensualismo, formalismo, forma.

Solus consensus obligat: a general principle of law of contracts

Abstract: In contract law, *solus consensus obligat* means that, by general rule, contracts are executed by the mere consent of the parties and there is a freedom regarding the ways for its externalization. Today the word "consensualism" is inevitably preceded by the descriptive noun "principle", indicating that the principalistic character of consensualism is evident, at the point that this idea is rooted on the bases of our private law of contracts. Despite the principalistic quality of consensualism, in the present document, we set aside this conviction and focus on the rescue of the reasons that justified the elevation of consensualism to the rank of principle. After reviewing the concept and its moral foundations we would try, by the formulation of a conceptual confrontation, to exalt this principalistic character of consensualism.

Keywords: principles of law, principles, sources of law, contracts, formation of contracts, party autonomy, consensualism, formalism, form.

INTRODUCCIÓN

En el proceso de evolución del derecho de los contratos, el auge del principio del consensualismo ha sido ubicado por los historiadores en la edad moderna. Su aceptación generalizada implicó un desplazamiento de los ritos y formalidades propios del derecho romano a un segundo plano¹ y la exaltación de la voluntad como fuente de las obligaciones. Sin embargo, hoy en día no deja de ser un tema apasionante y rico en contenido, que al ser estudiado conduce obligatoriamente y de manera inadvertida a las bases ontológicas de la formación del negocio jurídico: la voluntad todopoderosa y autosuficiente capaz de crear una microesfera normativa para regir la relación contractual particular.

No obstante los numerosos estudios que se han desarrollado sobre el consensualismo, no muchos se han ocupado de analizar su perspectiva principalista. A pesar de tratarse de una conquista relativamente reciente, el consensualismo entendido como principio pareciera ser un concepto suficientemente incorporado en nuestra percepción jurídica. En la actualidad la palabra "consensualismo" se encuentra casi forzosamente precedida por el sustantivo descriptivo "principio",

¹ JEAN BART. *Histoire du droit privé*, 2.^a ed., Paris, Montchrestien, 2009, p. 359.

lo que indica que el carácter principalista del consensualismo es un asunto que entendemos superado, obvio y bastante arraigado en las bases de nuestro derecho privado de los contratos.

Esta naturalidad como principio caracteriza al consensualismo incluso antes de haber sido incorporado en los movimientos codificatorios del siglo XIX. Así pues, para el caso del Código Civil francés, en 1804² este principio se había convertido en una máxima tan natural para el derecho de contratos que no fue más que consagrado tácitamente. Se entiende que fue incorporado en el artículo 1108, donde el Código de Napoleón, al establecer las condiciones esenciales para la validez de un contrato, omite mencionar las exigencias de forma³.

Precisamente el presente ejercicio académico pretende dejar de lado la arraigada convicción del carácter principalista del consensualismo y regresar a las razones que justificaron su elevación a rango de principio que, como se verá más adelante, van más allá de su simple confrontación a la excepción, lo que erradamente nos hace creer que un principio se justifica exclusivamente por el correlativo y limitado alcance de su excepción, como lo es el formalismo para el caso particular. Así, la meta del presente trabajo consiste en lograr incorporar en un solo ejercicio de análisis el *solus consensus obligat* a la luz del método⁴ de los principios generales del derecho. Ejercicio en el cual se intenta dar respuesta a diversas preguntas: ¿es en realidad el consensualismo un principio para el derecho?, ¿su consagración a nivel legal ha desdibujado su carácter de principio y en consecuencia su valor superior?, ¿las características y funciones propias del principio del consensualismo coinciden con aquellas que la ciencia del derecho les ha atribuido a los principios generales del derecho?

Antes de entrar en materia se hace indispensable explicar las razones del acercamiento conceptual realizado en el título que bautiza el presente artículo entre *solus consensus obligat*, adagio tomado del latín, y el concepto de principio general del derecho⁵. En términos semánticos, es preciso llamar la atención sobre la diferencia que existe entre "adagio" y "principio general del derecho". A pesar de ser considerados por algunos autores como sinónimos⁶, un análisis de cerca permite llegar al punto de divergencia entre ellos. Mientras el adagio es una expresión

² El Código de Napoleón de 1804 es considerado como el principal código civil del siglo XIX.

³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT y E. SAVAUX. *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 1, 13.ª. ed., Paris, Sirey, p. 259.

⁴ Se hace alusión al "método de los principios generales del derecho", toda vez que para la corriente más fuerte de la doctrina no es posible hablar de una "teoría de los principios generales del derecho". Cfr. PATRICK MORVAN. *Le principe en droit privé*, thèse, Paris, LGDJ y Pantiéon-Assas, 1999.

⁵ Partiendo así del concepto de principio general del derecho, sin entrar a exponer en esta oportunidad las diferencias que existen entre las múltiples acepciones que conocemos: principio director, principio fundamental, principio general, principio general del derecho, entre otros. Para el caso particular la referencia se hace en relación con un principio general para el derecho privado de los contratos, lo que simplemente restringe el campo de aplicación del concepto a un área especial del derecho.

⁶ GERARD CORNU. *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, 2007, p. 25.

breve, comúnmente recibida, de contenido moral, que se encuentra más cerca del momento de aceptación generalizada de valores por las sociedades y que puede llegar o no a ser elevado al rango de principio, el principio general del derecho, por el contrario, es un concepto estrictamente jurídico, bien haya sido incorporado a la ley o no⁷, que se instala como fuente auxiliar de las obligaciones del ordenamiento luego de ser extraído por el intérprete de la realidad jurídico-social⁸.

Si bien se trata de dos conceptos distintos, se debe aclarar que en particular el principio del consensualismo es el resultado de la materialización del trasfondo filosófico y moral contenido en el adagio *solus consensus obligat* y de su incorporación al sistema de fuentes, de esta manera elevado al rango de principio general. Así entonces, habida cuenta de la plena identificación conceptual que existe entre uno y otro, los términos se utilizan para efectos del presente estudio de manera indistinta.

Una vez esclarecido este punto, es oportuno entrar a estudiar los cuestionamientos que se hallan en la base de la elaboración del presente documento, para lo cual es indispensable partir del estudio del principio del consensualismo y de sus fundamentos, (i) para luego formular posibles construcciones lógicas que permitan realizar un acercamiento entre la teoría general del consensualismo y el método de los principios generales del derecho (ii).

I. EL CONSENSUALISMO: UN PRINCIPIO CON BASES SÓLIDAS

Con la finalidad de estudiar la perspectiva principalística que caracteriza al consensualismo se hace necesaria la revisión previa de su concepto (A) como producto del triunfo del movimiento voluntarista del siglo XIX (B) y de sus fundamentos, entre otros, contruidos sobre la máxima de la autonomía de la voluntad (C).

A. Algunas precisiones sobre la noción del principio del consensualismo

En materia de derecho de los contratos, el consentimiento de la parte que se obliga está regido bajo las normas propias del principio del consensualismo. En virtud de este principio, los contratos se forman por el solo consentimiento de las partes, y los modos para su exteriorización son libres⁹.

El alcance de la voluntad humana y su capacidad para crear vínculos jurídicos sin necesidad de ningún ropaje especial ha sido elevado a la categoría de principio.

⁷ *Ibíd.*, p. 721.

⁸ FERNANDO HINESTROSA. "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 5, 2000.

⁹ JACQUES FLOUR y JEAN-LUC AUBERT. *Droit civil, Les obligations: L'acte juridique*, 7.ª ed., Paris, Dalloz, 1996.

El *solus consensus obligat* significa que la voluntad todopoderosa y autosuficiente basta para ser fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales¹⁰.

En virtud del principio del consensualismo, excepcionalmente la validez del acuerdo se encontrará condicionada a la utilización de ciertas formas exigidas por la ley o por el mismo acuerdo entre las partes cuando ellas así lo dispongan¹¹. En este sentido, en principio, ningún requisito específico es requerido para la formación del consentimiento del contrato.

No obstante parecer tan sencilla la delimitación de la noción del consensualismo, es importante aclarar que este, garante de la simplicidad y rapidez en los contratos, no necesariamente significa, como corrientemente se afirma, ausencia de forma. Por el contrario, el consensualismo implica la utilización de modos de exteriorización del querer de las partes, ya que la voluntad siempre debe revestir alguna forma para poderse manifestar. El punto fundamental está en identificar que bajo el principio del consensualismo la utilización de esos medios se dará en absoluta libertad. Así, podríamos definir el principio del consensualismo como la libertad para escoger las formas de exteriorizar la voluntad y no como la ausencia de éstas.

En efecto, en tratándose de formas de exteriorización de la voluntad, la inacción o silencio del destinatario de la oferta en principio no es admitida por el derecho como aceptación de esta, ya que el consentimiento, consensual o no, debe estar indiscutiblemente establecido. Para el derecho civil francés este silencio algunas veces se entiende como suficiente para la formación del contrato, en los casos en los cuales este se ve acompañado de circunstancias que suprimen su carácter equívoco¹². El derecho colombiano, por el contrario, es un poco más estricto con la exigencia de manifestación de la aceptación al exigir para la aceptación tácita la manifestación a través de un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto (art. 854 C.Co. col.).

Para que una voluntad sea susceptible de producir efectos jurídicos, no es suficiente un simple acto de volición interna. Es indispensable que dicha voluntad sea traducida a través de algún medio de manifestación exterior¹³.

Así las cosas, se evidencia la necesidad de exteriorizar dicha voluntad por algún medio al alcance de las partes al momento de contratar. Puede ser a través de un gesto, una señal, la palabra, entre otros. Bajo el principio del consensualismo

¹⁰ JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA. *Los contratos. Parte general*, 1, 4.ª ed., Santiago, Editorial Jurídica Chile, 2005, p. 252.

¹¹ El formalismo puede tener su origen en la ley o en la voluntad de las partes. Cfr. FRANCOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE. *Droit civil. Les obligations*, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2002, pp. 102 y ss.

¹² En derecho francés el principio "*le silence ne vaut pas acceptation*" tiene múltiples excepciones, algunas de origen legal y otras de origen jurisprudencial. Así, a modo de ejemplo, el artículo 1738 C.C. francés establece que en caso de que el arrendador, al expirar el término del arrendamiento, deje al arrendatario en posesión del bien y este permanezca en él, se entiende que el solo silencio tiene efectos de prórroga del contrato. Cfr. ob. cit., pp. 102 y 133.

¹³ RAYMOND SALEILLES. *La déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 1.

las partes son libres para escoger la forma para exteriorizar la voluntad, lo que implica que para materializar el pacto será necesaria la utilización de alguna forma de exteriorización. En este sentido, es posible afirmar que el consensualismo no puede ser entendido como un principio absoluto, ya que esto implicaría propender hacia la espiritualización del derecho. La voluntad, separada de la manifestación exterior permanecerá en el estado propio de un acto psicológico, lo que en nada se aproxima al terreno de lo jurídico. Así, para que las relaciones recíprocas existan es necesario el conocimiento de sus voluntades respectivas, lo cual solo es posible a través de la utilización de medios de transmisión de la voluntad, habida cuenta de que la "comunicación de conciencias" es imposible¹⁴. La formación del contrato implicará siempre la exteriorización de la voluntad, con la ayuda de alguna forma, con independencia de si nos encontramos ante un contrato consensual o no.

Al respecto algunos autores erradamente afirman que el principio del consensualismo implica ausencia absoluta de formas. Exponen que la necesidad de una forma de exteriorización es inherente a la exigencia misma del consentimiento¹⁵, así, exigir una manifestación expresa de la voluntad no significa imponer una forma. Más allá de afirmar que el principio del consensualismo implica que la forma es libre, esta posición sostiene que sería más exacto sostener que en virtud del principio del consensualismo no existe forma, ya que la exigencia de la exteriorización de la voluntad pertenece al estudio del fondo y no de la forma del acuerdo¹⁶. En otras palabras, en la medida que la voluntad necesita valerse de formas para exteriorizarse, su utilización no implica trasladarse al terreno del formalismo.

La simple exteriorización de la voluntad, al tratarse de un asunto propio del fondo de la voluntad misma, no implica utilización de formas sino que se trata del simple cumplimiento de un requisito de existencia misma de la voluntad. Así entonces, para estos autores que contraponen el estudio de la forma al del fondo del contrato es indispensable diferenciar el principio del consensualismo del principio de libertad de formas¹⁷. El primero hace referencia a un concepto de fondo del contrato e implica, como ya se mencionó, ausencia absoluta de formas, habida cuenta de que la voluntad una vez exteriorizada es suficiente. Por el contrario, el principio de libertad de formas sí hace referencia al estudio de aspectos formales del contrato, en el cual se tiene en cuenta que la voluntad necesitará siempre ser exteriorizada, para lo cual existe en principio libertad total para su expresión.

¹⁴ RAOUL ROUXEL. *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporain du formalisme des actes juridiques*, thèse, Caen, 1934, p. 9.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ En efecto, para esta tesis la imposición de una forma precisa para que el acto jurídico nazca a la vida jurídica somete su existencia al cumplimiento de una condición autónoma, distinta de la exigencia de la manifestación de la voluntad: *forma dat esset rei*. MARIE-ANTOINETTE GUERRIERO. *L'acte juridique solennel*, thèse, Toulouse, 1975, p. 33.

¹⁷ Bajo este análisis equivocadamente se divide en dos conceptos distintos (principio del consensualismo y principio de libertad de formas) lo que en realidad hace parte de uno solo, entendido el consensualismo como el principio en virtud del cual las partes son libres para determinar las formas para la exteriorización de su voluntad.

De lo anterior y sin necesidad de sustraer la libertad de formas del concepto mismo de principio del consensualismo se puede colegir entonces que la voluntad capaz de generar vínculos jurídicos para el derecho está conformada por dos elementos: en primer lugar, por la *volición interna* entendida como aquella intención de la parte que aún no ha salido de la esfera interna del individuo, y en segundo lugar, por el elemento exterior de manifestación de voluntad, que las partes podrán escoger libremente de acuerdo a su libre deseo.

No obstante las anteriores precisiones, el principio del consensualismo, entendido como aquella libertad del individuo para escoger los medios de exteriorización de la voluntad, se encuentra fuertemente vinculado a las bases de nuestro sistema jurídico. Su arraigo conduce en ocasiones a olvidar que el consensualismo es una conquista reciente, consecuencia de las luchas de las ideas individualistas y racionalistas reinantes en el siglo XIX, que finalmente lograron consolidar el llamado "triunfo del consensualismo" y su consecuente consagración legal.

B. El triunfo del consensualismo y su consagración legal

La incorporación del consensualismo en los procesos codificatorios obedeció a un proceso de cambio, reacción ante un derecho extremadamente formalista y rígido, consecuencia de las raíces sembradas a lo largo de los años por el derecho romano.

El derecho romano estuvo caracterizado, en efecto, por el rigor formalista. El vínculo contractual solo surgía en caso de cumplimiento estricto de formas determinadas. Basta recordar las figuras formalistas del derecho romano¹⁸, que no concebían la existencia de una figura jurídica sin el cumplimiento de ciertos ritos formales. La forma era entendida como la condición a la vez necesaria y suficiente para la perfección del acto jurídico¹⁹.

Con el tiempo, el derecho romano evolucionó como consecuencia del progreso de la civilización y del desarrollo del comercio, y se llegó a aligerar las cargas formalistas de las partes para el caso específico de cuatro figuras contractuales: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato²⁰. Por fuera de estos cuatro casos, el derecho romano sancionaba con fuerza el incumplimiento de las formas, lo que quiere decir que el formalismo siguió siendo la regla general y el consensualismo el punto de excepción.

El consensualismo debió permanecer como excepción durante siglos, solo para casos restringidos, antes de que finalmente llegara a ser elevado a la categoría de principio general en materia de contratos.

El aporte de los canonistas fue fundamental a pesar de su tímida interpretación del *pacta sunt servanda*. Los canonistas se caracterizaron por el temor de transformar el consensualismo, entendido como máxima moral, en regla jurídica, temor

¹⁸ Figuras formalistas del derecho romano como la *sponsio*, la *traditio*, la *abrogatio*, entre otras.

¹⁹ TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. Ob. cit., p. 102.

²⁰ FLOUR, AUBERT y SAVAUX. Ob. cit., p. 239.

alimentado por el peligro que implica la formación de vínculos jurídicos solo por la manifestación de la voluntad, que no deja rastro ni huella de su materialización. Siempre se ha entendido que un vínculo jurídico sin forma corre el riesgo de contraerse a la ligera, sin realizar el esfuerzo de reflexión e interiorización que implica el cumplimiento de la forma²¹.

Los procesos de codificación en materia civil en el siglo XIX no fueron ajenos al contexto histórico del momento. El siglo XIX es conocido como el siglo del individualismo, y en consecuencia sus ideologías se vieron plasmadas en las codificaciones. En este ambiente se produce el llamado *triunfo del principio del consensualismo* con su efectiva consagración, sin dejar de lado los matices atenuantes del alcance de dicho principio.

Del silencio del Código de Napoleón en relación con las exigencias de forma se dedujo que el contrato se forma por el simple intercambio de voluntades consagrado en el artículo 1108 C.C. francés, disposición en la cual no figura ninguna condición de forma²².

Es así como la consagración del consensualismo es el reflejo de las tendencias del pensamiento jurídico propio del siglo XIX. El Código francés de 1804 ha ejercido una innegable influencia en diversos sistemas jurídicos tanto europeos como latinoamericanos, habiendo sido creado bajo la inspiración de ideas eminentemente individualistas propias de la Revolución de 1789.

En el Código Civil colombiano la situación es similar. En efecto, el artículo 1502 establece como condiciones para la validez de una convención la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. De igual manera se omite la forma como requisito general para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad²³. Ahora bien, a pesar de no encontrar un artículo específico que consagre dicho principio, de la lectura armónica de nuestro Código podemos fácilmente colegir que en materia de validez de los contratos privados el consensualismo es el principio general²⁴.

Hoy en día el principio del consensualismo se sigue encontrando en el seno de nuestro sistema jurídico y el formalismo sigue siendo visto como una excepción

²¹ *Ibíd.*, p. 240.

²² L. GRYNBAUM. "Loi numérique: Le sacre des égalités formelles", en *RDC*, abril de 2005.

²³ La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 20 de agosto de 1971 incluyó como requisito indispensable para que un contrato se forme y sea válido "el cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades impuestos por la naturaleza del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran". La mencionada jurisprudencia confirma de igual manera la vigencia del principio del consensualismo al condicionar la exigencia de los requisitos de forma a ciertas circunstancias particulares.

²⁴ Por el contrario, en materia mercantil el artículo 824 C.Co. establece expresamente que por regla general los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente por escrito o por cualquier modo inequívoco. La formación de ciertos negocios jurídicos dependerá de una solemnidad solo en aquellos en los cuales la ley así lo establezca.

bien arraigada en la literatura jurídica. En ese sentido, el solo acuerdo de las partes es suficiente, en principio, para crear un vínculo jurídico²⁵.

El entendimiento de la superioridad moral del principio del consensualismo ha permanecido a través de los últimos años. Su soporte ético ha sido construido sobre la base de la importancia de la máxima de la autonomía de la voluntad.

C. Fundamento de carácter moral del principio: la autonomía de la voluntad

En el Código de 1804 se ven reflejadas doctrinas cuya finalidad es garantizar las libertades de los ciudadanos²⁶. En este sentido la doctrina de la autonomía de la voluntad entra a jugar un papel importante como fuente inspiradora de importantes figuras jurídicas propias de la codificación.

La autonomía de la voluntad puede ser concebida como un importante elemento de la libertad en general. Es el poder del hombre de crear por medio de un acto de voluntad una situación de derecho, cuando dicho acto tiene un objeto lícito²⁷.

Los autores del Código francés de 1804, sus intérpretes e imitadores extranjeros pusieron especial empeño en garantizar hasta donde les fue posible la libertad de las transacciones de los particulares²⁸. En este sentido es lógico pensar que el principio del consensualismo fue consagrado como un instrumento desarrollador y de afianzamiento de la autonomía de la voluntad como máxima filosófica en materia de derecho de los contratos.

De cualquier modo, la bandera del triunfo del principio del consensualismo siempre se ha encontrado secundada por el auge y la aceptación que a su vez ha tenido la doctrina de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Toda vez que la autonomía de la voluntad puede ser concebida como un importante elemento de la libertad en general y garante de la independencia de las transacciones de los particulares²⁹.

Así pues, autonomía de la voluntad y principio del consensualismo son dos máximas que se encuentran estrechamente ligadas, bajo el entendido de que la autonomía de la voluntad reposa sobre la afirmación que revela que el hombre es naturalmente libre³⁰, en donde dicha libertad implica que el ser humano es dueño no solamente del alcance de su voluntad, sino igualmente de la forma de su expresión³¹.

²⁵ XAVIER LINANT DE BELLEFONDS. "La l'cén et le consensualisme", en RDC, abril de 2005.

²⁶ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Temis, 1980, p. 7.

²⁷ LÉON DUGUIT. *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, La mémoire du droit, 1999.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ EMANUEL GOUNOT. *Le principe de l'autonomie de la volonte en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, Arthur Rousseau, 1912.

³¹ JACQUES FLOUR. "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", en *Études Ripert*, 1, 1950, p. 95.

Sin embargo esta relación no parece ser absoluta. Por el contrario, encontramos autores para quienes el vínculo de conexidad no existe precisamente entre la autonomía de la voluntad y el principio del consensualismo, sino, todo lo contrario, entre la autonomía de la voluntad y el formalismo contractual.

Ihering, por ejemplo, pone en evidencia la particular relación entre forma y libertad³². Al respecto, resalta la dependencia mutua y recíproca que existe entre estos dos conceptos. Se trata de ideas aparentemente contradictorias, pues mientras con la segunda se busca garantizar el desarrollo más amplio de la voluntad material, con la primera se reduce estrictamente esa libertad desde el punto de vista formal, paradoja esta que se resuelve cuando se entiende, como lo hizo el pueblo romano, que en lugar de un yugo, la forma se convierte en vigía de la libertad. Así, para Ihering "la forma, enemiga declarada de lo arbitrario, es hermana gemela de la libertad. Es el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia. La que dirige la libertad, la que la contiene y la protege"³³.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria construye el vínculo es entre autonomía de la voluntad y consensualismo. De ese modo, "los contratos quedarían perfectos por la sola manifestación de voluntades internas de las partes, ya que cualesquiera exigencias de ritos externos o formalidades vendrían a contradecir la premisa según la cual la voluntad, todopoderosa y autosuficiente, es la fuente y medida de los derechos y de las obligaciones contractuales"³⁴.

Una vez resaltada la connotación moral y de orden superior que se deriva del principio del consensualismo resulta pertinente ocuparse de los postulados que permiten estudiar el consensualismo desde un ángulo *principalístico*, esto es, el consensualismo analizado a la luz del método de los principios generales del derecho.

II. EL CONSENSUALISMO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO PRIVADO

Después de abordar el estudio del contenido mismo del principio del consensualismo, a continuación se presenta un sencillo ejercicio analítico con miras a poder realizar un acercamiento de las premisas generales del consensualismo a una perspectiva *principalista*, que permita identificarlo plenamente como lo que es: un *principio general para el derecho privado de los contratos*. Para tal efecto se parte del análisis del rol del consensualismo como principio general en el sistema de derecho privado de los contratos (A), para luego estudiar la autonomía del principio del consensualismo (B) y, por último, llegar al estudio de la excepción: el formalismo contractual (C).

³² MILAGROS KOTEICH, MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL y ÉDGAR CORTÉS. "Formalismo negocial y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, 2005.

³³ VON IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Enrique Príncipe y Satorres (trad. y notas), Granada, 1998, pp. 640 y 641.

³⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA. Ob. cit., p. 252.

A. El rol del consensualismo como principio general en el sistema de derecho privado de los contratos

A continuación, con base en un método de confrontación conceptual, se estudia la perspectiva principalista del consensualismo. A través del análisis comparativo es evidente la afinidad conceptual que existe entre los principios generales del derecho y el consensualismo.

En la tesis titulada *La notion de principe général en Droit privé*, De Béchillon explica que no obstante las dificultades presentadas en torno a la definición de los principios generales del derecho debido a la incertidumbre que caracteriza el entorno lingüístico de la noción de "principio general", es posible afirmar que estos conforman los aspectos fundamentales del sistema jurídico³⁵.

Del Vecchio, por su parte, afirma que los principios generales del derecho se refieren a "aquellas verdades supremas del Derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos"³⁶. Así entonces, para este autor un principio general del derecho tiene validez universal, no simplemente en relación con uno u otro Estado.

Lo cierto es que son múltiples las exposiciones doctrinarias y jurisprudenciales que alrededor del concepto de principios generales del derecho se han elaborado³⁷. Sin embargo la intención del presente estudio no es entrar a escudriñar la fortuna o el desacierto de los desarrollos conceptuales elaborados por estudiosos de la materia, sino que simplemente se pretende lograr un acercamiento conceptual de materias.

Con los avances acuñados por la doctrina y la jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho, es posible deducir que el consensualismo, en su gran parte estudiado a la luz de la teoría general de formación del contrato, se ajusta perfectamente a los criterios tenidos en cuenta al momento de calificar una regla del derecho, como principio general³⁸. El principio del consensualismo es una máxima que rezuma de las mismas bases de la estructura contractual ya que esta se refiere directamente, como se mencionó líneas arriba, a la voluntad todopoderosa y autosuficiente capaz, por sí misma, de crear vínculos

³⁵ MARIELLE DE BÉCHILLON. *Notion de principe général en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 21.

³⁶ GIORGIO DEL VECCHIO. *Los principios generales del derecho*, 2.ª ed., Bosch, 1933, p. 49.

³⁷ Esta misma multiplicidad conceptual y la riqueza semántica manejada por los intérpretes ha constituido uno de los principales obstáculos para una clara consolidación del término "principio". Cfr. NICOLAS MOLFESIS. "La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de Cassation", en *RTD Civ.* 2001, p. 2.

³⁸ Los términos "regla" y "principio" no pueden ser considerados sinónimos, ya que "regla" debe ser reservado a las simples proposiciones, caracterizadas por su generalidad y la multiplicidad de soluciones que de ellas se deducen. Cfr. DOMINIQUE BUREAU. *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Panthéon-Assas, 1992, pp. 54 y ss.

jurídicos. En este sentido es el principio del consensualismo un aspecto claramente fundamental y esencial del sistema jurídico contractual.

En cuanto al carácter supraestatal que explica Del Vecchio, es oportuno mencionar que, independientemente de la efectiva consagración legal que se le dé al principio del consensualismo en uno u otro ordenamiento, su superioridad radica en su carácter axiológico derivado de su fundamento moral, el cual lo ubica indiscutiblemente dentro de una esfera superior y universal.

Con todo, los esfuerzos doctrinales han tendido a darle un lugar cierto a los principios generales del derecho dentro del sistema de fuentes del derecho. Así, la doctrina se ha referido a las diversas funciones que estos desempeñan dentro de un sistema jurídico. Para Hinestrosa, los principios generales del derecho desempeñan las siguientes funciones: "a) integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo; b) interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los supuestos de hecho en un enunciado amplio; c) delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales; d) productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro el ordenamiento"³⁹.

En particular, para el caso del principio del consensualismo se puede afirmar que este desempeña en nuestro sistema jurídico cada una de las funciones mencionadas. Sus funciones integradora e interpretativa son las más evidentes.

Dicho de otra forma, el principio del consensualismo juega como herramienta de rango superior al servicio del juez. Para Forray, la interpretación contractual, entendida como una operación de comprensión en los casos de duda sobre el sentido de las palabras o expresiones utilizadas, es un procedimiento indispensable en un sistema consensualista. La exclusión de exigencias de forma de la definición de contrato, con la consecuente ausencia de identificación formal del contrato y de referencias objetivas que caracterizan a los contratos formales, trae como consecuencia que la medida exacta de los efectos del contrato se produzca al exterior de él, esto es, en el escenario de la interpretación contractual a cargo del juez⁴⁰.

Este punto es uno de los tantos donde el principio del consensualismo y la buena fe se encuentran. Para el mencionado autor la relación entre consensualismo y buena fe se establece en el terreno de la interpretación contractual, en la medida que el valor de la formación consensual del contrato en un sistema consensualista se construye sobre la base de que todos los contratos son acuerdos de buena fe⁴¹. Todo acuerdo contractual desprovisto de formas se funda en la confianza recíproca de las partes y en la presunción de buena fe. Por tanto, el consensualismo,

³⁹ HINESTROSA. Ob. cit., p. 10.

⁴⁰ VINCENT FORRAY. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, thèse, Paris, LGDJ, 2007, p. 490.

⁴¹ Para el derecho francés la buena fe no solo se encuentra en la etapa de formación contractual, sino igualmente en la de su ejecución. De la interpretación del inciso 3 del artículo 1134 la jurisprudencia ha establecido que la buena fe domina la fase de ejecución del contrato, flexibilizando de esta manera el principio de fuerza obligatoria del contrato.

de la mano de la buena fe, cumple una función integradora e interpretativa para el derecho, incluso como recurso del juez en caso de lagunas en el ordenamiento.

En cierto modo, a pesar de la constatación del rol del consensualismo como principio general del derecho, su consagración a nivel legal ha permitido sostener que lo que efectivamente se aplica en estos casos no es el consensualismo como principio general del derecho, sino como una simple disposición legal. Precisamente este punto es objeto de estudio a continuación, a propósito del análisis de la autonomía del principio del consensualismo como fuente del derecho.

B. La autonomía del principio del consensualismo.

Los principios generales como fuente autónoma del derecho

En el caso de no encontrarse norma para resolver un caso particular, e incluso al no encontrar una norma aplicable vía *analogia legis*, el juez estará obligado a hacer uso de las demás herramientas del sistema jurídico con el fin de dar solución concreta al problema planteado⁴². "Habrá de buscar la solución por fuera, por heterointegración del ordenamiento, echando mano de los principios generales del Derecho"⁴³.

En relación con la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho privado, algunos autores han considerado que su aplicación depende indispensablemente de una fuente formal del derecho. Por el contrario, para otros autores los principios generales del derecho gozan de autonomía dentro del sistema jurídico, lo que les permite ser aplicados como fuente del derecho independientemente de su desarrollo por parte de otras fuentes. Incluso hay quienes afirman que estos no pueden ser consagrados en un texto escrito, ya que corren el riesgo de perder su identidad⁴⁴.

Una parte de la doctrina ha negado la existencia autónoma de los principios generales del derecho, algunos atándolos a la ley, otros a la costumbre, o, de acuerdo a la tendencia mayoritaria, a la jurisprudencia. De manera que las sentencias más recientes de la *Cour de Cassation* de Francia presentan argumentos para cada una de estas concepciones con el fin de negar la autonomía de los principios⁴⁵.

Quienes afirman que los principios generales dependen de su desarrollo jurisprudencial argumentan que estos no son exteriores al juez y justifican el poder creador de la jurisprudencia⁴⁶. Acá debe tenerse en cuenta que sin bien los jueces interpretan el derecho, no tienen la posibilidad de crearlo. Basta recordar la dife-

⁴² So pena de incurrir en los que los franceses han llamado "*deni de justice*". Cfr. artículo 4.º *Code civil* francés.

⁴³ HINESTROSA. Ob. cit., p. 9.

⁴⁴ BÉCHILLON. Ob. cit., p. 20.

⁴⁵ En efecto la *Chambre criminelle* de la Corte de Casación francesa ha afirmado que los principios no son más que la misma ley, en decisión del 3 de mayo de 2001 (*arrêt* n.º 3286). Cfr. MOLFESIS. Ob. cit., p. 3.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 4.

renciación entre creación e interpretación del derecho. El juez como funcionario, a quien compete la aplicación del derecho en la solución de los casos sometidos a su decisión, está sometido a la ley y debe atenerse al derecho⁴⁷, y por lo tanto no le es dado crear derecho a través de la creación de los principios generales del derecho. Los principios generales del derecho nacen a la vida jurídica de manera autónoma como resultado de la misma realidad y experiencia de la sociedad, lo que descarta de plano la posibilidad de afirmar que estos son una obra inédita de la jurisprudencia.

Así, al estudiar el papel del juez en relación con el principio general del consensualismo se puede concluir que, dada la función interpretativa y no creadora de la jurisprudencia, su labor es aplicar de manera extensiva el principio del consensualismo habida cuenta de su categoría como principio general. Así mismo, su papel debe ser el de, por su parte, dar aplicación restrictiva al formalismo, entendido este como excepción al principio del consensualismo. El formalismo como excepción a la regla es el objeto de la última sección del presente trabajo.

Por otra parte, la asimilación de los principios a la ley implica su identificación plena con la regla escrita, la ausencia de contenido de los principios y la negación de su existencia como fuente autónoma del derecho. Por esta razón, la consagración del principio del consensualismo en el Código Civil colombiano, de manera similar a como ocurrió con su consagración en el Código de Napoleón, provoca una inevitable confusión entre el principio y la ley. La aplicación del consensualismo pareciera ser la simple aplicación de la ley misma, sin necesidad de acudir a invocar su valor como principio y su utilización como recurso ante los vacíos de la ley.

Como se mencionó líneas arriba, en un sistema consensualista como el nuestro es necesaria la intervención del juez en la interpretación contractual. El principio inspira al juez para, de manera conjunta con la buena fe, darle alcance y medida a la voluntad de las partes. El consensualismo no es una simple disposición legal, es un máxima de valor superior, que hace parte del sustrato de la normatividad y es criterio director para los jueces, en su jerarquía como fuente auxiliar del derecho.

Si bien es cierto la consagración legal del principio del consensualismo modifica el orden de prevalencia al momento de ser aplicado en tanto fuente del derecho, ya que puede igualmente ser implementado como fuente principal, su validez como fuente autónoma no depende exclusivamente de su consagración por parte de la jurisprudencia o la ley⁴⁸.

⁴⁷ HINESTROSA. Ob. cit., pp. 10 y 11.

⁴⁸ "Así mismo, es indispensable observar que, al margen de que algunos [principios] se encuentran explícitos en la legislación, sin que por ello se pueda llegar a sostener que la individualización de los *principia* se reduce a una simple extensión de aquellos enunciados, en tanto que otros no están expresos, van implícitos, de todos modos bien puede sostenerse que los principios rezuman de la realidad social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete los extrae de la conciencia social mediante un proceso de abstracción y generalización": *ibid.*, p. 7.

Mucho menos se podrá pensar que los principios pierden su identidad al ser elevados a un texto escrito, por el contrario, estos conservan su existencia autónoma, no obstante el cambio en su prevalencia a la hora de ser aplicados en relación con la demás fuentes del derecho⁴⁹. La doctrina y la jurisprudencia han formulado numerosos principios, pero esto no significa que los hayan creado, ellos han sido encontrados "en suspensión" en el espíritu del derecho⁵⁰.

En últimas, hasta podríamos llegar a afirmar que los principios generales, en los casos en los cuales no se aplican de manera directa como fuente auxiliar, actúan como *fuerza de fuerza*. Es decir, en ocasiones juegan como fuentes inspiradoras para las demás fuentes del derecho, como en el caso del consensualismo. Así, la ley y la jurisprudencia hacen uso de los principios del derecho, a modo de fuerza para la producción de normas jurídicas.

C. El formalismo: la excepción que confirma la regla

Según una frase corrientemente conocida, "toda regla tiene su excepción". Comúnmente oponemos principio a excepción y a partir del contraste definir un principio a partir del estudio de sus opuestos. El principio es generalidad, la excepción es interpretación estricta.

Para el caso del consensualismo es bien sabido que el formalismo es la excepción al principio general. El formalismo considera que el consentimiento no será plenamente eficaz si no es revestido de una forma determinada⁵¹. "La forma actúa como despertador de la conciencia jurídica"⁵². El formalismo consiste en subordinar la expresión de la voluntad al empleo de ciertas palabras o formas consagradas⁵³. No es la manifestación de la voluntad lo que identifica al formalismo. Lo que realmente permite entrar al campo del formalismo es la exigencia de que esa manifestación de voluntad, indispensable para la formación del contrato, revista ciertas formas precisas.

A pesar de la evolución que ha tenido el formalismo en el tiempo, partiendo de sus inicios, que se remontan al derecho romano y su rigor formalista, aún hoy no es posible afirmar que este haya desaparecido. Por el contrario, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX se advirtió un proceso de "renacimiento del formalismo" en el seno de un derecho contemporáneo, caracterizado por la aparición de nuevas figuras y nuevas realidades⁵⁴.

⁴⁹ Es distinto hablar de la identidad de "algo", que hablar de su rango a la hora de ser tenido en cuenta. Este último, si bien caracteriza ese "algo", no modifica su existencia, lo que es.

⁵⁰ JEAN CARBONNIER. *Droit civil. Introduction*, Paris, Presses Universitaires de France, Themis Droit Privé, 25.^a ed., 1997, p. 251.

⁵¹ TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE. *Ob. cit.*, p. 102.

⁵² INHERING. *El espíritu del derecho romano*, pp. 207 y 209.

⁵³ EDOUARD CUQ. *Les institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, t. I, p. 719.

⁵⁴ JACQUES FLOUR. "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", *Études Ripert*, 1950, t. I.

La creciente utilización de nuevas tecnologías para transmitir la voluntad negocial, propiciada entre otras cosas por la progresiva democratización de las herramientas electrónicas; las numerosas relaciones contractuales construidas sobre una base de desigualdad caracterizadas por la presencia de un consumidor, y en general la necesidad de proteger el consentimiento de una o ambas partes del contrato, han producido una tendencia al acrecentamiento de las exigencias de formas contractuales.

Es interesante llamar la atención sobre la tendencia del legislador, quien en su afán de protección de la parte reputada débil de la relación contractual impone formas de protección; mientras que en los jueces, encargados de aplicar el derecho, es ostensible una propensión hacia la *desformalización*, en la medida en que el formalismo, al ser una excepción al principio general, es de interpretación restrictiva. Por lo tanto, mientras el legislador se ha preocupado por incluir nuevas exigencias de forma, la jurisprudencia ha mostrado una posición más liberal que aboga por la disminución de exigencias de formas al contrato⁵⁵.

CONCLUSIÓN

El *solus consensus obligat* es un principio general que, a pesar de su consagración tácita a nivel legal y expresa a nivel jurisprudencial, conserva su rol como principio general del derecho y su autonomía en la jerarquía de fuentes de nuestro sistema jurídico.

La obviaidad que caracteriza al principio del consensualismo, y que incluso marcó los procesos codificatorios y su consecuente consagración, pareciera arrebatarle su carácter *principalista*, determinado por su valor superior y supraestatal, lo que precisamente se intenta relevar en el presente trabajo.

Así mismo,

... el impacto del mercado en derecho moderno ha afectado en especial el derecho de los contratos, al introducir una serie de conceptos nuevos, que comprometen el alcance de la autonomía de la voluntad, en torno a los cuales se debate actualmente si deben ser circunscritos al ámbito específico en el que surgieron (derecho del consumidor) o se extenderán por doquier hasta convertirse en principios generales del derecho de los contratos. La protección de la parte débil y la equidad contractual se han convertido en el anhelo más profundo de los sistemas de derecho moderno (incluso en el *common law*)⁵⁶.

A pesar de la creciente tendencia legislativa hacia la *formalización* del contrato, es preciso señalar que el consensualismo sigue siendo el principio general de aplicación extensiva en materia de derecho de los contratos. En general, las realidades presentadas por el derecho contemporáneo evidencian la necesidad de acudir al

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 113.

⁵⁶ KOTEICH, NEME VILLARREAL y CORTÉS. *Ob. cit.*

auge de los nuevos principios generales del derecho de los contratos⁵⁷. Principios como la equidad, la lealtad, la proporcionalidad y la solidaridad, entre otros, gozan de un amplio apogeo en un contexto contemporáneo donde ha resurgido una "nueva cultura contractual" que busca ganarle terreno a la llamada "nueva crisis del contrato"⁵⁸.

⁵⁷ Con esto no se quiere decir que estos principios han nacido en el derecho contemporáneo, lo novedoso es el auge que tienen en el panorama contractual contemporáneo.

⁵⁸ *La nouvelle crise du contrat*, CHRISTOPHE JASMIN y DENIS MAZEAUD (dirs.), Paris, Dalloz, 2003, p. 137.