

OFICIO 220-179851 DEL 25 DE AGOSTO DE 2020

ASUNTO: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PRIVADAS.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta la siguiente consulta:

- “1. El pasado 5 de mayo del presente año, radiqué derecho de petición, al cual le fue asignado el radicado No. 2020-01-159934 del 5 de mayo de 2020.
2. El pasado 16 de junio de 2020, recibí la respuesta a la referida petición. Sin embargo, la respuesta se centró en analizar la petición realizada en el ámbito de la contratación estatal, sin pronunciarse respecto de la contratación privada.
3. La figura de la fusión y en especial, la consulta elevada respecto del reconocimiento de la experiencia, como parte de los activos de las empresas fruto de una fusión empresarial, no se presentó de manera exclusiva para el análisis en el ámbito de la contratación estatal, sino también de la contratación privada.
4. Considerando lo anterior, me permito de manera respetuosa, presentar la siguiente solicitud, para su amable respuesta, en el ámbito de la contratación entre privados.
5. Para este fin, adjunto la petición radicada de manera inicial el 5 de mayo de 2020.

(...)

Considerando lo anterior y en especial, el contexto de la economía actual, en el que aunar fuerzas para sobrevivir la crisis generada por el COVID-19, resulta primordial para el bienestar de la economía colombiana y el apalancamiento de la crisis social, presentamos de manera respetuosa la siguiente petición:

Solicitamos que la Superintendencia de Sociedades revise su posición doctrinal en la que ha reconocido la existencia de la “**discrecionalidad de las entidades contratantes**”, en aceptar o no, respecto de una sociedad que se haya fusionado la



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

experiencia de las absorbidas para acreditarla como suya”, con la finalidad que la misma sea modificada, eliminando esa discrecionalidad y estableciendo el deber de los contratantes en reconocerla, siempre que esta experiencia esté soportada de manera jurídica clara y transparente; dando así el alcance esperado de la figura mercantil de fusión, en el ámbito empresarial. (Negrilla fuera de texto)

Antes de resolver lo propio debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver su inquietud en el siguiente contexto:

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

Al respecto, esta Oficina Jurídica se permite citar algunos apartes de la Sentencia C-934/13 proferida por la Corte Constitucional cuyo Magistrado ponente fue el Doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Presidente de dicha honorable Corte, en torno a la perentoriedad del respeto por la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, así:

“(…) Cuarta. La autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual

De manera reiterada, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de la garantía de las libertades individuales como uno de los pilares del Estado social de derecho (preámbulo y artículo 13 Const.), que a su vez se proyecta hacia el libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico (art. 16 ib.), lo cual se aúna en lo que la doctrina universal y el derecho privado denominan “autonomía de la voluntad privada”.

Este carácter fundante de las relaciones jurídicas entre particulares, se remonta a la doctrina civilista francesa de mediados de los siglos XVIII y XIX, reconocida en el



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

“Code Civil” como una concepción racionalista edificada alrededor de los postulados del “état libéral”, que habiendo evolucionado paulatinamente en la segunda mitad del siglo XX hacia el Estado social de derecho, actualmente se manifiesta como una facultad individual no absoluta, sujeta a determinadas restricciones que la vinculan necesariamente con el interés público y el bienestar común.

Al respecto, ilustra lo manifestado por esta corporación en la sentencia C-341 de mayo 3 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería [3]:

“3. Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

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

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

Por este mismo aspecto, en relación con la utilidad social, los sostenedores del liberalismo piensan que el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económicos. La ley de la oferta y la demanda en el mercado de bienes y servicios, que presupone



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

la concurrencia y por consiguiente la libertad, asegura no solamente la adaptación del precio al valor sino también la adaptación de la producción a las necesidades. En forma más general, existen automatismos económicos o armonías naturales. De este modo, el interés general es concebido como la suma de los intereses particulares. Fundamentalmente, el liberalismo económico se sustenta en la creencia de que persiguiendo ventajas personales y si tienen libertad para hacerlo a voluntad, los hombres sirven al mismo tiempo y como inconscientemente a la sociedad.

Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

4. Dicha concepción casi absoluta del poder de la voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada en la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX como consecuencia de las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores más necesitados de la población, lo cual ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual. Por tanto, se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia, pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general, pero tiene excepciones.

5. En lo que concierne al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de Mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los Arts. 16, en virtud del cual 'no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres', y 1602, según el cual 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.

Esta regulación sería modificada a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1936, que consagró la función social de la propiedad (Art. 10) [4] y creó las bases para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares Art. 11) [5].

Dicha orientación social fue ampliada y consolidada en la Constitución Política de 1991, al establecer el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual derivan los derechos fundamentales de las personas, y en la prevalencia del interés general, entre otros principios, y en el cual, sobre la base de la consagración de la propiedad privada (Art. 58) y la libertad de empresa (Art. 333), se reitera la función social de la propiedad (Art. 58), se señala que la iniciativa privada tiene como límite el bien común y se establece la función social de la empresa (Art. 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella, por mandato de la ley (Art. 334).

Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

Adicionalmente, en este mismo ámbito ha sostenido:

“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.” [6]

“Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas.” [7]



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

De tal manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del “poder dispositivo individual”, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que le han sido encomendados (art. 2° Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acompañarse en función del interés público.

En suma, la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser objeto de limitación por causa del interés general y del respeto a los derechos fundamentales, por lo que “lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado” [8]. (Subraya fuera de texto).

II. ALCANCES DE LAS CONSULTAS.

El artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 28 de citada legislación prescribió:

“Artículo 28. Alcance de los conceptos. *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*” (Negrilla fuera de texto)

III CONCLUSIONES.

De lo expuesto y se puede inferir lo siguiente:

- A través de la modalidad de consulta, esta Oficina no tiene competencia para interpretar ni disponer nada distinto de lo acotado en el acápite primero de esta consulta, mucho menos si va en contra del respeto por principio de la **“La autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual”**.
- Se insiste en que los particulares se encuentran amparados por la garantía constitucional de **“la libertad contractual”** ya que dicho principio **“(…) se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico”**,¹ discrecionalidad que les permite a las sociedades contratantes, estructurar una negociación.

1 Sentencia C-934/13 Corte Constitucional



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

- Los interesados en un proceso de contratación privada pueden hacer uso de la certificación que expide las cámaras de comercio, en torno a la acreditación de la experiencia, con base en la información reportada por los interesados, lo que incluye la experiencia que deviene de los procesos de fusión. Por lo cual, las compañías pueden invocar la experiencia de las sociedades que han absorbido, a tono con lo anotado en Oficio 220-095721 del 16 de junio de 2020 emitido por esta Superintendencia.

- Como corolario, es preciso señalar que las entidades privadas contratantes, en desarrollo de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, son libres de determinar en un proceso de contratación, la experiencia que deben tener los contratistas, así como la forma en que deberá acreditarse.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página Web de la Entidad, la normatividad y los conceptos jurídicos alusivos con temas de su interés.