

*Fredy Andrei Herrera Osorio**

La contratación contemporánea: Ejemplo de la apertura del derecho al contexto

*Contemporary contracts as example of the
opening of law to other camps*

Fecha de recepción: 13 de junio de 2011

Fecha de aprobación: 8 de febrero de 2012

RESUMEN

El presente artículo hará un acercamiento al análisis de las consecuencias como elemento clave para una teoría del derecho abierta a consideraciones extranormativas y, en cierto sentido, que critica la utilización de las teorías autorreferentes para explicar lo que es y no derecho. A partir de estos insumos, mostrará algunos de los efectos de la vuelta sobre las consecuencias en el contexto de la contratación contemporánea, fundamentalmente en punto a la formación, interpretación e integración del vínculo negocial, pues aquí se ve con mucha fuerza que es indispensable considerar el

ABSTRACT

This paper will analysis the consequences like an important element in the law theories that are open to considerations from the other camps and, consequently, criticize the use of self-referential theories to explain what is and is not right. This vision will be apply to contemporary contracts to show some effects of the analysis of consequences, in particular, in the formation, interpretation and integration of the bargaining relationship, because in this area is essential to consider the contract in its social context, without restrict it as a expression of a internal wish. Finally, we address the critical

225

*Grado de Honor como Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales, Magíster en Derecho y Aspirante a Doctor en Derecho. Docente de las Universidades del Atlántico, Católica de Colombia y de Boyacá. Profesor Catedrático Asociado de la Universidad Nacional de Colombia en cátedras como obligaciones y responsabilidad, contratos civiles y comerciales, contratación contemporánea, derecho bursátil y metodología de la investigación jurídica. Coordinador Académico de la Especialización en Derecho Privado Económico y de la Maestría en Derecho, Área de Profundización Derecho Privado Económico. Correo electrónico: fherrerao@hotmail.com

contrato como inserto en un contexto social, sin limitarlo a la mera expresión de la voluntad. Por último, se abordará la crítica Luhmaniana a la determinación

Palabras Claves: Teorías del derecho; apertura del derecho; consecuencialismo; contratos contemporáneos; objetividad en la contratación.

Luhmanian about the consequences and claim for some theoretical points that should be developing in others studies. work.

Key words: Theories of law; law opens to others camps; consequentialism; contemporary contracts; objectivity in agreements.

INTRODUCCIÓN

Los teóricos del derecho se han preocupado por determinar cuál es la relación entre la sociedad y el derecho que pretende regularla, en orden a establecer si aquél debe estar abierto a las exigencias o valores que provienen de ésta, o si, por el contrario, debe ser visto como un producto que debe ser evaluado de forma auto referente¹.

Esta discusión fue abordada por autores tan importantes como Hans Kelsen, H.L.A. Hart, Gustav Radbruch, Niklas Luhman, Norberto Bobbio, entre muchos otros, quienes debatieron airadamente sobre cuál era la naturaleza del derecho, buscando diferenciarlo de otros ordenamientos que pretenden regular la conducta de los individuos, como la moral o los usos sociales².

¹ Al respecto, el debate entre David Nelken y Roger Cotterell es ilustrativa sobre los alcances de la discusión, pues allí se aborda la posibilidad de que el derecho se interprete conforme a la sociología o de forma independiente de ella (Cfr. Nelken, David, *Blinding Insights? The limits of a reflexive sociology of law*, en *Journal of law & society*, Vol. 25, Issue 3, Estados Unidos, 1998 y Cotterell, Roger, *Why must legal ideas be interpreted sociologically?*, en *Journal of law & society*, Vol. 25, Issue 2, Estados Unidos, 1998). Sobre el punto, David Nelken asevera: “*What is law for sociology? And what is sociology to law? Above all, what is sociology of law – and more generally any other study of ‘law and’ – good for? From its emergence as a topic of academic enquiry there has been division and sometimes competition between those approaches to the sociological understanding of law whose main aim is to reveal what law is unable (or unwilling) to see, and those whose goal is to help law see more clearly. The first approach relates law to its wider historical and social environment and to competing and overlapping disciplines and practices and has Little difficulty in showing how legal actors often have Little grasp of the factors which shape the ‘inputs’ and ‘outcomes’ of their decisions. The second presupposes most of these constraints and seeks to improve the quality of decisions making in terms which can be used by legal actors. Where the first type of scholarship deliberately transform legal definitions into sociological categories the second seeks to translate sociological insights into legal concepts (...)*” (p. 1).

² Cfr. Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2002.

Empero, el advenimiento de fenómenos tan importantes como la constitucionalización del derecho³, la aceptación de los principios como normas jurídicas⁴, el deber argumentativo a cargo del operador jurídico⁵, entre otros factores, impusieron al derecho una apertura a elementos que antes se calificaban como “extrajurídicos”, así como el reconocimiento de la influencia del contexto⁶, en cuanto suponen una interrelación entre el orden normativo y elementos que provienen de la sociedad en el cual se inserta y que pretende regular⁷.

Esta nueva realidad puede ser utilizada para comprender algunas de las más recientes expresiones del derecho contractual, en virtud de las cuales el contrato dejó de verse exclusivamente como la forma más acabada de la autonomía individual y empezó a analizarse a la luz de la finalidad socioeconómica que inspira cada uno de los tipos negociales, considerando la realidad objetiva de las partes que en él intervienen. Por ello, ha venido perdiendo peso el elemento subjetivo (la intención), frente al contenido objetivo (visión abstracta)⁸, enmarcado dentro de componentes morales que limitan el alcance de las actuaciones particulares⁹. Se justifica, entonces, la existencia de obligaciones aún no pactadas, siempre que ellas busquen hacer efectivas el interés negocial de los partícipes¹⁰, y se morigeró el principio de relatividad de los contratos¹¹, situaciones todas explicables por la vuelta sobre el contexto en el que se inserta el contrato.

³Cfr. Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Ed. Trotta, 2005.

⁴Cfr. Rodríguez, César, “Teoría del derecho y decisión judicial en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”, en *La decisión judicial, El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

⁵Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, España, Ed. Ariel, 2006, p. 11.

⁶Cfr. Bourdieu, Pierre, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en *La Fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.

⁷Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 57.

⁸Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos: problemática moderna*, Perú, Ediciones Jurídica Cuyo, 1996, p. 84.

⁹“(...) *El derecho privado, reglado por el Código Civil y por otros estatutos legales, no puede quedarse extraño al contenido constitucional; para eso nosotros creímos que los principios de derecho privado, como el de la función social del contrato y de buena fe objetiva deben ayudar el hermeneuta en la construcción de una teoría contractual puesta a punto con las prácticas contractuales contemporáneas, sometida a los fundamentos de estatuta constitucional, siempre salvaguardando la dignidad de la persona humana como el vector de la interpretación (...)*” (Zuel Gomes, Rogerio, “Nuevas tendencias en derecho de contratos”, en *Revista del Consumidor*, No. 3, Brasil, 2006, p. 3).

¹⁰Stiglitz, Rubén S., “La obligación precontractual y contractual de información: El deber de consejo”, en *Estudios sobre consumo*, No. 42, Argentina, 1997.

¹¹Lafont Pianetta, Pedro, *Manual de contratos*, T. 1, Bogotá, Librería del Profesional, 2005.

El presente ensayo pretende hacer una aproximación al derecho contractual desde un punto específico de la teoría del derecho, en concreto, desde la vuelta sobre las consecuencias y su pretensión por superar la autoreferencia en el derecho, mostrando algunos de sus posibles resultados en materia de contratación contemporánea. Para estos fines, el presente ensayo se desarrollará en los siguientes acápite: §1. La autoreferencia del derecho; §2. La apertura del derecho: visto desde las obras de Manuel Atienza y Pierre Bourdieu; §3. La contratación contemporánea y la vuelta sobre las consecuencias; §4. Crítica Luhmaniana a la vuelta sobre las consecuencias; §5. Algunas Conclusiones.

1. LA AUTOREFERENCIA DEL DERECHO.

Entre el positivismo y el iusnaturalismo se planteó una profunda discusión en torno al papel del derecho y su interrelación con elementos valorativos, pues para la primera teoría el derecho se concebía como un sistema cerrado, donde primaba el elemento de la validez formal como rasgo para identificar lo qué es derecho y no¹². Así, Hans Kelsen manifestó que “(...) *La exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia (...)*”¹³.

De otro lado, el iusnaturalismo consideró que el derecho debe estar en armonía con un marco mínimo de justicia, cuyo desconocimiento provoca que las normas no puedan ser consideradas como parte del sistema¹⁴. A

¹²“(...) Todo pensador para ser considerado positivista debe aceptar la siguiente tesis: (...) la identificación de un conjunto de normas como jurídicas, esto es, como constituyendo un 'derecho' o formando parte del 'derecho', no requiere someter a dichas normas a ninguna prueba relacionada con el valor moral de sus contenidos. Se puede dar respuesta a la pregunta '¿Qué es el derecho?' sin necesidad de apelar a propiedades valorativas (sean estas morales o de otro tipo). En otras palabras, no existe relación conceptual entre derecho y moral (lo que no implica negar la existencia de otro tipo de relaciones entre ellos) (...)" (Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 35).

¹³Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 79.

¹⁴“(...) La corriente de derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. Una ley no conforme con esta, non est lex sed corruptio legis (...)" (Bobbio, Noberto, *Teoría General del derecho*, España, Editorial Debate, 1992, p. 40).

título de ejemplo, para Gustav Radbruch, normas extremadamente injustas no pueden ser parte del derecho, pues en dichos casos se desconoce la misma razón de ser del sistema:

“(...) El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica. La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana; (...) Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Tratáse de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no representen ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia (...)”¹⁵.

Al lado de estas dos posiciones no puede abandonarse al realismo jurídico, el cual, si bien tiene diferentes vertientes, lo cierto es que identificaba el derecho con la forma en que éste era aplicado por los diferentes operadores jurídicos.

Ello llevó a que el maestro Norberto Bobbio, al evaluar las escuelas teóricas clásicas del derecho, manifestara que era necesario construir una teoría que considerara, al mismo tiempo, los elementos de la validez, justicia y eficacia, pues “(...) los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados (...)”¹⁶, propugnando, de este modo, por una apertura del derecho a elementos que son externos a los meros supuestos normativos.

¹⁵ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 44.

¹⁶ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, op. cit., p. 39.

Yes que, los análisis centrados en sólo uno de estos componentes pueden llevar a que el derecho pierda su razón de ser. Por ejemplo, aquellos que reducen el derecho al sistema normativo, pasan por alto que, con esta asimilación, hacen plausible cualquier tipo de regulación, aún aquella que atenta contra la misma naturaleza del hombre o con sus garantías consustancial para no ser instrumentalizado a favor de otros, como precisamente sucedió con el régimen Nazi. A su vez, los autores que limitan el derecho a la justicia caen en la indeterminación, pues es inevitable que haya diversos contenidos morales ninguno de los cuales se puede privilegiar en un asunto en concreto. Finalmente, aquellos que asimilan el derecho con la forma en que actúan los operadores, desconocen que el derecho tiene un marco, relativamente amplio, de posibilidades de actuación, el cual no puede ser desconocido por los operadores, so pena de caer en el campo extrajurídico, como el debate puramente político¹⁷.

Sobre la primera de estas teorías, César Rodríguez, al analizar una de las críticas de Dworkin al pensamiento de Hart, asevera que aquel al “(...) proponer la distinción entre regla y principio (...) no pretende hacer una modificación accesoria a la teoría positivista. La distinción implica el derrumbe de uno de los pilares de esa corriente de pensamiento: la tesis de la existencia de un parámetro de identificación de las normas de un sistema jurídico. En esta tesis se funda la separación conceptual entre el derecho y la moral (...)”¹⁸, evidenciando de esta forma que el derecho no puede pensarse exclusivamente en términos de normas (reglas), sino que hay un contenido moral mínimo que debe ser satisfecho, el cual se expresa a través de principios, que por hacer parte del sistema implica una apertura hacia consideraciones extrajurídicas.

En punto a las teorías iusnaturalistas se afirma que existen versiones modernas, en las cuales no se pretermite la existencia del ordenamiento jurídico, sino que se considera que “(...) no se puede comprender o describir (...) sin realizar al mismo tiempo una evaluación moral (...)”¹⁹, con lo cual se

¹⁷Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, op. cit.

¹⁸Rodríguez, César, “Teoría del derecho y decisión judicial en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”, en *La decisión judicial, El debate Hart – Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 54.

¹⁹Bonorino, Pablo Raúl y Ayazo, Jairo Iván Peña, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 34.

revitaliza el valor del sistema normativo, sin desconocer el peso de los preceptos morales.

En este contexto, se tiene que una teoría del derecho “comprensiva” no puede pretender separar o “independizar” el sistema normativo de otros subsistemas sociales, tales como el moral, el económico o aún el sociológico, sino que le exige el estar abierto a otras consideraciones. Al respecto, el maestro Manuel Atienza, al analizar los rasgos comunes a las teorías modernas, encontró que uno de ellos era “(...) *La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto - o no tan sólo - en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuando - o también - en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes (...)*”²⁰.

Un elemento que ha venido ganando peso, en las concepciones contemporáneas del derecho, es relativo al análisis de las consecuencias, con la idea de que las normas no pueden reducirse a meras abstracciones que tienen un valor en sí mismo consideradas, sino que deben ponderarse en sus efectos prácticos. De hecho, autores como Pierre Bourdieu ven el derecho como un campo de lucha material, más que como una mera abstracción, que lo diferencia de otro tipo de hermenéuticas que pueden dejar de lado las consecuencias de su aplicación²¹.

Por otra parte, las posiciones estructuralistas autopoiéticas, como las de Niklas Luhmann, propugnan por considerar que el derecho debe ser tenido como un sistema autorreferente, en cuanto constituye un sistema que en sí mismo encuentra los elementos para su adaptación y transformación, no obstante que reciba los estímulos que provienen del exterior²².

²⁰ *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 55.

²¹ Cfr. *elementos para una sociología del campo jurídico*, op. cit.

²² “(...) Con el concepto de sistemas que observan, la teoría de sistemas explora el camino de una epistemología constructivista considerada de manera general. En esa epistemología no sólo quedan incluidos los sistemas especializados en la cognición, sino todo tipo de sistemas que emplean observaciones autoproducidas para regular su relación con el entorno -al que no tienen acceso directo mediante sus operaciones-. Por consiguiente quedan incluidos sistemas como el de la religión, el arte, la economía, la política y, sobre todo porque es lo que nos ocupa, el derecho(...).” (Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Juliana Neuenschwander de Magalhães (trad), Versión 5.0, 13 de enero de 2003, documento disponible en Internet, p. 8).

De allí que, si bien se reconoce la existencia de un sistema jurídico que funciona en armonía con otros sistemas, recibiendo la información que provienen de aquellos, lo cierto es que cada uno de ellos tiene una identidad que le impone ser autopoético, valga decirlo, reproducirse a sí mismo²³. Por ello Luhmann llegó a la conclusión de que la dogmática, como un elemento del sistema jurídico, “(...) resulta importante ante todo en su función para el mantenimiento de la **diferenciación del sistema jurídico** (...)”²⁴ (Negrilla fuera del texto).

Sin embargo, esta auipoesis del sistema jurídico no excluye el reconocimiento de factores externos, particularmente, a las consecuencias materiales del sistema, como de hecho lo reconoció Luhmann al referirse a la tendencia teórica que propugna por un análisis consecuencialista del derecho²⁵. Más aún, Gunther Teubner, uno de los continuadores de la tradición sistemática en el campo del derecho privado, insiste que el derecho oscila entre autonomía y heteronomía, a consecuencia de la relación entre dependencia e independencia simultánea con otros discursos sociales²⁶.

En este contexto, es dable concluir que, la autonomía absoluta del sistema jurídico sostenida por autores como Kelsen y Luhmann ha perdido peso, para admitir la integración de elementos 'extrajurídicos', como de hecho fue puesto de presente por Robert Alexy al desarrollar su teoría de los derechos fundamentales:

“(...) *La irradiación de las normas fundamentales en todos los ámbitos del derecho (...) tiene efectos de gran alcance para el carácter del sistema jurídico (...) el sistema jurídico tiene, en virtud de las normas iusfundamentales, el carácter de un*

²³“(...) *Un sistema social debe, en el transcurso de la efectuación de su autopoiesis, dejar que corra un proceso de reconocimiento que fija qué acontecimiento temprano o tardío debe contar como comunicación (y aquí específicamente como comunicación en el sistema) y cuál no. La distinción entre autorreferencia y heterorreferencia es en estos casos justamente un logro de la autopoiesis misma, y esto quiere decir que el sistema, mirándolo de reojo, opera en un entorno existente simultáneamente y que no puede orientarse a sí mismo simplemente con una especie de control cibernetico que se fija únicamente en los efectos de las propias operaciones que acontecen en el sistema (...)*” (Luhmann, Niklas, *Ibid.*, p. 35).

²⁴ *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, España, Centro de estudios constitucionales, 1983, p. 40.

²⁵ *Ibid.*, p. 55.

²⁶ De Setién, Carlos Morales, *Estudio Preliminar en La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005, p. 31.

sistema jurídico abierto, cualquiera que sea la dimensión de esta apertura (...) La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídica es un sistema abierto frente a la moral. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica (...)”²⁷.

Por ello, es posible concluir que las teorías del derecho reduccionistas han venido morigerando sus pretensiones y han reconocido que, en algún sentido, el derecho no puede concebirse como un campo aislado de la realidad que pretende ordenar u organizar, sino que está inserto en un contexto complejo y conflictual, en el que hay relaciones e interacciones que, en cierto sentido, determinan su contenido, garantizando así una cierta efectividad y armonía con el mundo que prescribe como imperativo (deber ser). Esta situación puede verse, con mayor o menor penetración, en teorías como la de los sistemas reflexivos (derecho reflexivo)²⁸ o los positivistas incluyentes²⁹.

2. LA APERTURA DEL DERECHO

Ante la fractura de la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado, valga insistir, ajeno a consideraciones que no provengan de la estructura normativa, que en su momento sirvió para justificar la necesidad misma del derecho³⁰, los teóricos han aceptado la idea de que el

²⁷Teoría de los derechos fundamentales, España, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 525.

²⁸Cfr. Teubner, Gunther, *El derecho como sistema autopoético de la sociedad global*, Perú, ARA Editores, 2005, p. 52.

²⁹Cfr. Rodenes, Ángeles, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, en Doxa, No. 26, España, Universidad de Alicante, 2003, p. 445.

³⁰Mauricio García Villegas, explicando el campo jurídico francés, precisa que el “(...)triunfo de una concepción de derecho basada en el positivismo jurídico en Francia se puede explicar también por la necesidad que surgió al interior de las facultades de derecho de defender su autonomía, mientras las otras ciencias sociales, en particular la sociología y la ciencia política se independizaban. En otras palabras, una vez las ciencias sociales abandonaron físicamente las facultades de derecho, la doctrina no pudo hacer otra cosa que expulsarlas de su propia concepción teórica (...)” (*Sociología jurídica comparada, Campos jurídicos y ciencias sociales en Europa y Estados Unidos*, P. 18, puede consultarse en *Sociología y crítica del derecho*, México, Ed. Fontamara, 2010).

derecho se alimenta y necesita de unos estándares impuestos desde fuera del sistema, como mínimos axiológicos que deben respetarse³¹ o como exigencias prácticas³².

Así las cosas, como se explicó en precedencia, el derecho deja de tener relevancia como sistema cerrado y autónomo frente a los demás sistemas o campos sociales³³, para admitir su apertura a los estos últimos y, en este sentido, admitir elementos extranormativos³⁴. De hecho, para Pierre Bourdieu la concepción kelseniana ignora la existencia de un “(...) *universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima (...)*”³⁵, esto es, olvida la interrelación del sistema jurídico con el social, pretermitiendo las relaciones de fuerza que hay en su interior y su lógica interna³⁶.

A su vez, la tendencia Luhmanniana es criticada por este mismo autor en tanto confunde las estructuras propiamente simbólicas con las instituciones sociales que las producen³⁷, valga decirlo, no tiene en cuenta las estructuras de poder simbólico que se originan en las estructuras sociales, las cuales permiten el ejercicio de un cierto tipo de violencia sobre los individuos.

Por ello, es dable concluir, reinterpretando la teoría de Bourdieu³⁸, que el derecho debe estar abierto a factores provenientes de la realidad, en cuanto este campo no es un mero agregado de normas, actores y procesos, sino que allí se compite por el dominio del poder de decir el derecho, siendo entonces un elemento que, en sí mismo, no es independiente, sino que reclama para sí una conexión con el campo social donde interviene.

³¹Taruffo, Michele, *La Motivaione Della Sentenza Civile*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

³²Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 55.

³³Teubner, Gunther, *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*, op. cit., p. 95).

³⁴Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., p. 37).

³⁵Elementos para una sociología del campo jurídico, op. cit., p. 158.

³⁶Ibid., p. 159.

³⁷Idem.

³⁸Ibid., p. 158. En este punto, debe llamarse la atención sobre el hecho de que Pierre Bourdieu pretendió describir la forma en que opera el “campo jurídico”, sin realizar valoraciones sobre la forma en que debía hacerlo o los elementos que eran indispensables para ello. Sin embargo, una revisión de sus conceptos

Yes que, si bien las normas buscan garantizar los efectos de apriorización y neutralidad³⁹ a través de formulaciones lingüísticas abstractas y universales⁴⁰, lo cierto es con ello se esconde el contenido político e ideológico de los partícipes en el campo jurídico, los cuales buscan imponerlo a través del dominio de los procesos interpretativos⁴¹, por lo que la nueva teoría del derecho reclama para sí un reconocimiento del peso de la realidad en la definición del sistema normativo.

Lo anterior, empero, no puede llevarse al extremo de considerar que el derecho se expresa a través de un agregado de relaciones de poder, pues este campo se sujeta a unos límites que están dados por el mismo contenido del sistema jurídico -contenido normativo que no admite discusiones interpretativas so pena de abandonar lo que es el derecho-, el cual impone un espacio de lo posible y establece la forma en que finalmente se impone una interpretación se considerará relativamente definitiva.

Claro está, este tema no es absolutamente novedoso, pues muchos sociólogos del derecho han reconocido un vínculo “necesario” o, por lo menos “reflexivo”, entre el sistema normativo y la sociedad que pretende regular, de suerte que la brecha entre el ser y el deber ser no haga nugatorio el derecho: hay entonces un vínculo inescindible con el tema de la **eficacia**, bajo el entendido de que las normas respondan a las raíces sociales que intentan regular y ordenar⁴².

permite llegar a conclusiones teóricas interesantes, como aquella que vincula el derecho con la realidad.

³⁹Cfr. *Elementos para una sociología del campo jurídico*, op. cit., pp. 165 y 166.

⁴⁰En este punto, resulta conveniente citar a Luís Prieto Sanchis, para quien la incorporación de estos valores debe entenderse en su dimensión normativa y no axiológica. “(...) *Yes que, dada la densidad normativa de las Constituciones en torno principalmente al amplio catálogo de derechos fundamentales, es corriente escuchar que estos documentos jurídicos son algo así como el compendio de la nueva moral universal, que 'ya no flota sobre el derecho' (...) (sino que) emigra al interior del derecho positivo*. Ciertamente son muchas las dificultades para concebir los derechos fundamentales para concebir los derechos fundamentales como una verdadera ética(...), pues los derechos encarnan más bien un consenso jurídico acerca de lo que podemos hacer, más que un consenso moral acerca de lo que debemos hacer(...).” (Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 134).

⁴¹“(...) *El contenido práctico de la ley que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales; por ello, sin desigualmente capaces de poner en marcha los recursos jurídicos disponibles mediante la exploración y la explotación de 'reglas posibles' e igualmente desiguales a la hora de utilizar esos recursos eficazmente (...)*” (*Elementos para una sociología del campo jurídico*, op. cit., p. 180).

⁴²Cfr. Escuelas sociológicas de Derecho y Sociedad y, en algún sentido, Consciencia Jurídica (una presentación de las mismas puede observarse en García Villegas, Mauricio, *Estudio preliminar*, en *Sociología Jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001).

En una orientación similar, Manuel Atienza afirma que una teoría contemporánea del derecho requiere alimentarse del **pragmatismo**, en el entendido de que debe tenerse presente el efecto práctico de la regulación y la imposición axiológica de ciertos contenidos, con lo cual se reconoce que el sistema jurídico no es simplemente un concepto autoreferente sino que debe estar abierto a elementos externos⁴³.

Más aún, Manuel Atienza precisa que se requiere una teoría más abierta y dinámica que la formalista, en la que se reconozca que el derecho tiene una relación directa con diversos sistemas sociales, tales como la moral, política, **economía** y cultura⁴⁴. Ahora bien, dentro de este análisis se reconoce la necesidad de que la teoría del derecho no se limite a algo meramente cognoscitivo, sino que considere la **práctica**, esto es, los efectos en la realidad⁴⁵. Al respecto manifiesta:

“(...) *El pragmatismo en relación con el Derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes: 1) La necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto (...) 5) La vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres. 6) El énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro (...)*”⁴⁶ (Negrilla fuera de texto).

Esta vuelta sobre las consecuencias, más allá de corresponder a un debate teórico, tiene aplicaciones en campos tan específicos como la interpretación, la argumentación, la dogmática y la misma producción normativa, pues en cada uno de ellos se reclama por los partícipes en el sistema jurídico que se consideren elementos prácticos como criterio para tener un derecho ajustado a la realidad.

Así, en materia de interpretación Pierre Bourdieu puso de presente que “(...) *A diferencia de la hermenéutica literaria o filosófica, la práctica*

⁴³ Atienza, Manuel, *Ideas para una filosofía del derecho*, op. cit., pp. 218 y 219.

⁴⁴ Ibíd., p. 214. En el mismo sentido puede verse Vásquez Sánchez, Omar. *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*, En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 12, 2009, p. 103 y 104.

⁴⁵ Ibíd., p. 187.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Argentina, Ed. Ariel, p. 57.

teórica de interpretación de textos jurídicos no es un fin en sí mismo. Al estar directamente orientada **hacia finalidades prácticas y estar configurada para producir efectos prácticos, paga su efectividad con la restricción de la autonomía (...)**⁴⁷ (Negrilla fuera de texto).

En cuanto a la teoría de la argumentación, autores como Robert Alexy, aseveran que dentro de las reglas que deben considerarse al momento de estructurar un discurso en término jurídico, se encuentra “(...) la consideración de las consecuencias (...)⁴⁸”, en tanto ello garantiza su aprobación universal⁴⁹.

Frente a la dogmática jurídica, los teóricos observan que uno de sus rasgos característicos es su orientación práctica, en el sentido de que busca analizar y proponer fórmulas de solución frente a situaciones que son propias del ordenamiento que se encuentra en estudio⁵⁰. Claro está, para alcanzar este resultado es menester que los estudiosos hagan un proceso de apertura hacia opciones valorativas, pues sólo a partir de estas es posible encontrar una respuesta que se estima mejor que las demás⁵¹. Y es que ya el profesor Manuel Atienza había advertido que una buena dogmática se distingue de las demás, en tanto utiliza conocimientos provenientes de otros campos, tales como la historia o la economía, sin que ello suponga un abandono frente a estos últimos⁵².

Por último, en cuanto se refiere a la producción normativa, Gunther Teubner llamó la atención sobre el hecho de que el derecho se construye como una imagen de los sistemas sociales y de los datos empíricos provenientes de éstos, elementos que, por tanto, son indispensables para el proceso regulatorio:

⁴⁷Elementos para una sociología del campo jurídico, op. cit., p. 162.

⁴⁸El concepto y la validez del derecho, España, Gedisa Editorial, 2004, p. 137

⁴⁹“(...) Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso solo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos (...).” (Ibid., p. 138).

⁵⁰Courtis, Christian, *El juego de los juristas: Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, en Ecos Cercanos, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2006, p. 18.

⁵¹Cfr. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 114.

⁵²Ideas para una filosofía del derecho, op. cit., Pág. 147.

“(...) Para el neoevolucionismo, la autonomía legal significa que el derecho cambia reaccionando sólo a sus propios impulsos, porque el orden legal - normas, doctrina, instituciones, organizaciones - se reproduce a sí mismo. Pero al hacer eso, el sistema legal no se aísla de su entorno. La idea clave, central en las teorías neoevolucionarias, es la 'autorreferencia de las estructuras legales'. Esto significa que los cambios externos no son ni ignorados ni directamente reflejados en función de un 'esquema de estímulo - respuesta', sino que son selectivamente filtrados por las estructuras legales y adaptados siguiendo una lógica de desarrollo normativo (...)”⁵³.

Ahora bien, es cierto que esta apertura atenta contra la seguridad jurídica, en tanto implica admitir elementos que no pueden controlarse fácilmente y en los que puede generarse un espectro de discusión aún mayor que el de definición de los contenidos normativos. Sin embargo, esta es una carga que debe asumir el sistema con el objeto de garantizar que el derecho realmente responda a las necesidades de la sociedad que pretende regular, sin caer en una instrumentalización del sujeto, siendo necesario, entonces, el desarrollo de instrumentos idóneos para efectuar un mínimo de control, como sucede con las teorías estándar de la argumentación o la construcción de categorías abstractas que permitan llegar a consensos mínimos.

En relación con este último punto, valga la pena señalar que en materia de derecho privado colombiano, ante la imposibilidad de llegar a acuerdos generales sobre la forma en que debe actuar un comerciante, se han utilizado categorías como el “comerciante prudente y diligente” (Código de Comercio), “el profesional o experto” (Ley 222 de 1995) y, contemporáneamente, “el hombre razonable” (Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías), logrando así reducir el campo de lo posible a través de la creación de un tipo “ideal” frente al cual debe compararse el comportamiento de un sujeto concreto.

⁵³Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno, en *La Fuerza del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2005, Pág. 97.

Claro está, la definición de los atributos de estas categorías abstractas sigue siendo un asunto lleno de lagunas y asuntos que resolver, pues elementos tales como el grado de abstracción y el momento en que debe hacerse la construcción, son aspectos que requieren ser decantados.

3. LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA Y LA VUELTA SOBRE LAS CONSECUENCIAS

El circuito económico requiere, para permitir la segura movilización de los activos, de estructuras o tipos contractuales⁵⁴, los cuales sirven para que los partícipes establezcan las reglas de juego que tendrán en cuenta al definir sus obligaciones y derechos, constituyéndose, entonces, en marcos normativos particulares y concretos⁵⁵. De hecho, el gran economista inglés John Maynard Keynes sostuvo que la contratación mercantil era la máxima expresión del mercado, en tanto garantizaba que los individuos pudieran satisfacer sus necesidades, absolutas o relativas, en una economía liberal, siendo entonces el principal motor de la actividad productiva⁵⁶.

Ello explica que, desde mucho tiempo atrás, se despertara un profundo interés por estandarizar y regular los diversos tipos contractuales, logrando definir sus condiciones de existencia y validez, así como las principales cargas que surgían de los mismos⁵⁷, con lo cual, se logró darle una mayor agilidad al tráfico de bienes y servicios⁵⁸, pues los partícipes en la actividad económica tenían plena claridad de que, en caso de asumir una forma típica legalmente, tendrían un completo marco regulatorio que le serviría para definir el alcance de sus obligaciones y resolver posibles controversias.

⁵⁴Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, pp. 7 y 8. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 18.

⁵⁵Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general*, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p. 17.

⁵⁶Citado por Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 3.

⁵⁷Castro, Marcela, *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006, p. 11.

⁵⁸Cfr. Ost, François, *Tiempo y contrato: crítica del pacto de Fausto*, En Doxa, No. 25, España, Universidad de Alicante, 2002, Pág. 597.

Es más, desde mediados del siglo XX la doctrina comenzó a hablar de la existencia de un contrato contemporáneo⁵⁹, en el sentido de que debía facilitar una mayor agilidad en la movilización de activos de forma masiva⁶⁰, exigiendo el establecimiento de condiciones uniformes que regularan un sinfín de relaciones jurídicas, lo que redundó en menores tiempos de contratación, reducción de costos de transacción y mayor seguridad jurídica para los prestadores de servicios o proveedores de bienes, en tanto se suprime la fase de negociación y se fijan con precisión las reglas de juego del negocio⁶¹.

Estos cambios se han traducido en que la negociación ha cedido su papel a la predisposición, pues las masas de usuarios⁶² carecen de poder de la posibilidad de discutir las condiciones negociales, las cuales ya se encuentran previamente establecidas en contratos uniformes o condiciones generales de contratación, y la única alternativa del consumidor consiste en adherirse o rechazar el convenio⁶³.

Lo anterior, por supuesto, no supone una supresión de la contratación 'clásica', esto es, aquella en la que es posible negociar las condiciones del contrato a través de un proceso de formación sucesiva del vínculo, a través de tratativas preliminares u ofertas y contraofertas⁶⁴, el cual sigue ocupando un espacio en las relaciones paritarias, sin que tenga aplicación alguna en los vínculos estandarizados⁶⁵. Pero al lado de esta contratación se erige con vigor la contemporánea, regida por unas reglas y condiciones

⁵⁹Vr. gr., Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 247. Zuel Gomes, Rogério, *Nuevas tendencias en derecho de contratos en Revista del Consumidor*, No. 58, Brasil, Ed. Dos Tribunais, 2006; y Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1977.

⁶⁰Farina, Juan M, *Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 18.

⁶¹Vallespinos, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Argentina, Editorial Universidad, 1984, pp. 264 y 264.

⁶²“(...) UNO de los signos más típicos de esta sociedad de masa lo constituye la derpersonalización del individuo. A consecuencia de la atomización del sujeto, las relaciones contractuales comienzan a manifestarse por medio de un 'tipo contractual' o de un 'contrato de masas'. Vale decir, el Derecho contractual empieza a ser consecuente con la realidad social al considerar ahora a las relaciones jurídicas como anónimas e inestables (...)” (Ibid., p. 180).

⁶³Soto Coaguila, Carlos Alberto y Mosset Iturraspe, Jorge, *El contrato en una economía de mercado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 22.

⁶⁴Cfr. Oviedo Albán, Jorge, *La formación del contrato*, Bogotá, Ed. Temis, Universidad de La Sabana, 2008, pp. 7 y siguientes.

⁶⁵Soto Coaguila, Carlos Alberto, *La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato*, en *El contrato en una economía de mercado*, op. cit., p.163.

particulares que propender por su utilización para todos aquellos vínculos masivos o estandarizados.

En este nuevo contexto, el contrato no puede seguir considerándose como la expresión más acabada de la voluntad de las partes a través del consentimiento⁶⁶, sino que exige la consideración de elementos que exceden el querer de los interesados y que tienen su fuente en la naturaleza misma del vínculo o en su finalidad socioeconómica⁶⁷, lo que significa, en términos de Luhmann, un paso de la frontera del “in put” a la del “out put”, en tanto exige considerar las consecuencias del contrato para determinar su real dimensión. Al respecto, el maestro Massimo Bianca señala:

“(...) La superación del llamado dogma de la voluntad es hoy un hecho cumplido en el terreno del derecho positivo. La disciplina legislativa del contrato no hace depender la relevancia jurídica del acto de la realidad de la voluntad interna de las partes. El contrato no se valora como un fenómeno síquico, sino como un fenómeno social, esto es, que lo que importa es el valor objetivo que este fenómeno adquiera como acto de decisión mediante el cual las partes constituyen, extinguen o modifican una relación patrimonial (...)”⁶⁸.

En el mismo sentido, el teórico del derecho François Ost, al referirse a la revalorización del período contractual, asevera que el contrato entendido como el acuerdo instantáneo de voluntades es expresión de la concepción liberal, la cual sobrevalora el peso de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en la actualidad el contrato ha cambiado su centro de gravedad hacia elementos más objetivos, “(...) más realistas y más institucionales de la relación contractual: dicho en otras palabras, 'lo útil y lo justo'; para hablar como J. Ghestin: 'el fundamento de la fuerza vinculante reconocida

⁶⁶Cfr. Ripert, Jorge, *La regla moral en las obligaciones*, Trad. Carlos Julio Latorre, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1941, p. 40.

⁶⁷Jauffret – Spinosi, Camille, *Influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos*, en *El contrato: problemas actuales, evolución y cambios*, Bogotá, Digiprint Editores, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 35.

⁶⁸*Derecho civil*, Trad. Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 41.

al contrato por el Derecho objetivo se deduce de su utilidad social y de su conformidad con la justicia contractual' (...)”⁶⁹.

Dentro de este nuevo modelo, es claro que la autonomía de la voluntad deja de cumplir el papel de barrera para que los sujetos eviten imponer cargas excesivas a sus contrapartes o ajenas a su interés, en tanto la adhesión a condiciones generales implica una aceptación incondicional a lo señalado por el predisponente, lo que puede conducir a que se acepten cargas desproporcionadas y que surjan obligaciones que ni siquiera se tenía conciencia de su existencia⁷⁰. Así las cosas, la vuelta sobre las consecuencias permite evaluar la equidad o equilibrio de la relación contractual, considerando la finalidad del vínculo y, en particular, el adecuado funcionamiento del mercado⁷¹, pues, como ya se indicó, el contrato es una figura fundamental para permitir el funcionamiento del circuito económico.

Y es que a los usuarios de bienes y servicios masivos, quienes pueden desconocer la existencia de cláusulas obligatorias que son vinculantes frente al proveedor, no tienen protección diferente al análisis de las consecuencias del vínculo, pues al haber manifestado su adhesión ya no podrá excusarse en la falta de voluntad o en la existencia de vicios del consentimiento.

Ahora bien, esta apertura puede verse de dos (2) puntos de vista cada uno con efectos diferentes: a través del (i) derecho económico, según el cual lo jurídico tiene una preeminencia sobre lo económico, por lo que se admiten figuras como el intervencionismo estatal en los negocios y el sometimiento del mercado a los dictados regulatorios; o por medio (ii) del análisis económico del derecho, el cual alude al fenómeno inverso, esto es,

⁶⁹ *Tiempo y contrato: crítica del pacto de Fausto*, op. Cit., pp. 611 y 612.

⁷⁰ Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 65 a 69.

⁷¹ Hernando Torres Corredor, refiriéndose a la relación derecho y economía, advierte que “(...) A partir de la década de los sesenta del siglo anterior, se ha construido una corriente de pensamiento identificada como 'economía y derecho' en el ámbito de la cultura anglosajona, la cual ha provocado nuevos escenarios para 'reconstruir' los contenidos, los métodos y las herramientas tanto de la ciencia económica como del derecho. Esta tendencia ha irrumpido como potenciadora del análisis jurídico en el territorio de la teoría jurídica contemporánea (...) La renovación de la ciencia jurídica, expresa Mercado, a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinaria, peculiar por el peso que en ella tiene la ciencia económica(...)" (La Corte Constitucional entre la economía y el derecho, en *Pensamiento Jurídico, Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, No. 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 166).

a la primacía de lo económico, centrándose en la eficiencia y en la búsqueda de la utilidad como mecanismo para permitir el desarrollo de la sociedad⁷².

Frente a esta dualidad, debe actuarse con la mayor cautela, pues no es posible que, en virtud de la búsqueda de las consecuencias, el ordenamiento jurídico sea disuelto en consideraciones netamente económicas, valga decirlo, en la mayor eficiencia en la asignación de recursos escasos, ya que ello equivaldría a salirnos del campo jurídico para adentrarnos en el de la formulación de políticas públicas⁷³. Sin embargo, un buen análisis económico permitirá formular respuestas que salvaguarden un adecuado comportamiento del mercado, elemento indispensable para estimular el crecimiento económico de un país⁷⁴ y permitir decisiones racionales relacionadas con el derecho⁷⁵, a condición de que a través de ella no se desdibuje el mismo campo jurídico.

Es aquí uno de los campos donde se observa, con mayor claridad, la apertura del derecho a factores extrajurídicos: el contrato no puede considerarse simplemente como una institución jurídica, sino que debe compatibilizarse con los efectos económicos que se producen con ocasión del mismo en la realidad, como mecanismo para garantizar el adecuado funcionamiento del circuito económico y, adicionalmente, salvaguardar la equidad en este tipo de relaciones. Un actuar diferente resulta inadmisible, pues supone que el derecho, en aras de salvaguardar la “autonomía de la voluntad”, permita que uno de los contratantes pueda depredar al otro.

⁷² Mosset Iturraspe, Jorge, *Algunos Enfoques de la relación entre Derecho y Economía*, en *El contrato en una economía de mercado*, op. cit., pp. 103 y 104.

⁷³ Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo y Abel Rodríguez, Andrés, *Interpretación judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 123.

⁷⁴ “(...) El derecho económico tiene como función principal facilitar la operación de los mercados. Por tanto, el objeto del análisis económico del contrato consiste en determinar qué características debe tener el derecho contractual para inducir un comportamiento eficiente de los agentes económicos (...)” (Anzola Gil, Marcela, *Ánalisis económico del contrato*, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 809).

⁷⁵ “(...) La determinación de los costos de regular, de establecer derechos, de litigar, de implementar un programa social, de agregar funciones al aparato de justicia, de llevar a cabo una reforma procesal, constituye información de suma utilidad para adoptar decisiones racionales relacionadas con el empleado del derecho (...)” (Christian Courtis, Ob. Cit., Pág. 87).

En este contexto, a continuación se hará una breve presentación de los principales efectos de la apertura del contrato contemporáneo a las consecuencias, no sin antes señalar que un estudio detallado de los mismos excede el objeto del presente escrito.

3.1 Formación del vínculo

El contrato contemporáneo, si bien conserva el elemento de la voluntad como indispensable para el nacimiento de obligaciones, también reconoce que los actos de una parte, objetivamente considerados, pueden dar lugar a la convenciones, con independencia de cuál sea el interés del sujeto. Así fue reconocido en el artículo 2.1.6. de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, al prescribir que constituye aceptación cualquier acto del destinatario “*que indique asentimiento de una oferta*”⁷⁶.

Igualmente, en el artículo 2.1.18. de los citados Principios se señala que “*(...)una parte quedará vinculada por sus propios actos (...) en la medida en que la otra parte haya actuado en función de tales actos*”, garantizando así la confianza de quien se ha comportado conforme a la interpretación objetiva de las consecuencias que pueden atribuirse a los actos de terceros⁷⁷.

Por ello el tratadista Massimo Bianca, al referirse a esta materia, es claro en manifestar que sólo puede dar origen al contrato aquellas conductas que objetivamente tienen el alcance de evidenciar el interés de obligarse, al margen de que el sujeto tuviera una intención diferente, pues la falta de

⁷⁶“*(...) A menos que la oferta imponga un modo especial, el asentimiento puede indicarse expresamente o inferirse del comportamiento del destinatario. El párrafo de este artículo no especifica la forma en que dicho comportamiento deba verificarse. Generalmente, tales actos se relacionan con el cumplimiento del contrato (...)*” (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), *Principio Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 45).

⁷⁷“*(...)la buena fe (...) tutela, a su vez, la confianza suscitada en las partes de que serán observadas las consecuencias jurídicas que se derivan de la conducta adoptada por ellas en el curso de la relación negocial, en apego a un deber de coherencia en el actuar, y por ende preserva la apariencia de un estado jurídico creado por la conducta de una de las partes que determina ulteriores pasos de la contraparte; pues no se concilia con la buena fe el que uno de los contratantes actúe de forma tal que contrarie la conducta precedente, desconociendo los actos o aseveraciones que haya realizado, los silencios u omisiones(...)*” (Neme Villareal, Martha Lucia, *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 325).

conformidad entre la voluntad declarada y la real no priva de efectos al acto negocial⁷⁸. En el mismo sentido, el profesor Mauricio Rengifo Gardeazábal, arguye:

“(...) En las teorías de los juristas modernos es preciso examinar el contenido de la voluntad para establecer si hay o no contrato, si el contrato es de tal o cual tipo, etc. En el análisis que propongo, lo que hay que examinar no es una voluntad interna sino el contexto externo en el que se produce el acto de comunicación (...) La investigación debería abarcar diferentes niveles del contexto social: la costumbre local, la conducta previa de las partes, las disposiciones legales, la jurisprudencia, los principios morales, etc. En el análisis que propongo de las relaciones jurídicas civiles, el contenido del contrato de adhesión se determina investigando las expectativas razonables de las partes (...) Más bien a partir de lo que se dijo se intenta examinar el contexto para inferir qué se hizo cuando se produjo la adhesión (...)”⁷⁹.

Más aún, contemporáneamente se reconoce que el contrato puede originarse exclusivamente en una situación de hecho, aunque ajena a la voluntad de las partes, pues a partir de un comportamiento que socialmente evidencia un contrato es dable que los sujetos se obliguen y, por tanto, la contraparte podrá exigir el cumplimiento de los compromisos connaturales al vínculo⁸⁰: es lo que se ha denominado contratos de hecho o conductas socialmente típicas. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de transporte o parqueadero, cuyo nacimiento se origina en el simple hecho de ejecutar una conducta, como subirse al bus o utilizar una bahía, sin necesidad de manifestación de voluntad adicional.

Visto lo anterior, se tiene que el contrato, en el momento de su formación, puede quedar subordinado a consideraciones de orden prácticas, en tanto el vínculo jurídico puede originarse en un mero comportamiento fáctico,

⁷⁸ Bianca, Massimo, *Derecho civil*, op. cit., p. 41.

⁷⁹ *Contratos, hechos y normas*, En *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 1109.

⁸⁰ Alterini, Atilio, op. cit., p. 23.

el cual es tomado por el derecho para subsumirlo dentro de alguna de las formas contractuales típicas o atípicas.

3.2 Relativización del principio *pacta sunt servanda*

Clásicamente el contrato, una vez surgía a la vida jurídica, obligaba a los contratantes de acuerdo con las obligaciones adquiridas, sin que ninguna de ellas pudiera abstenerse de cumplir, so pena de comprometer su responsabilidad y hacerse acreedor de consecuencias indemnizatorias⁸¹. Sin embargo, contemporáneamente el contrato reclama una vuelta hacia sus efectos prácticos, en el sentido de que no basta considerar lo que las partes pactaron, sino que debe privilegiarse el logro de la finalidad que en sí misma tiene el negocio.

En efecto, cada contrato o relación obligacional tiene un objetivo socioeconómico que explica su reconocimiento, esto es, un interés que socialmente se estima merecedor de tutela, en tanto con el mismo se garantiza que las partes realmente satisfagan sus intereses al participar en el mercado⁸². Ahora bien, para hacer realidad esta finalidad es necesario evaluar el contrato, no sólo en cuanto a lo pactado por las partes, sino en atención al efecto que provocará (consecuencias), pues es aquí donde se podrá determinar si realmente se alcanzó su finalidad socioeconómica. Luego, es posible que el contrato obligue a las partes de forma diferente a la que previeron las partes que en él intervinieron, cuando se hace necesario alcanzar la finalidad que es connatural al mismo, como sucede con la supresión de los efectos de aquellas cláusulas que eximen de responsabilidad por el incumplimiento de las prestaciones principales del contrato.

Adicionalmente, es menester llamar la atención sobre el hecho de que, en tratándose de contratos masivos o estandarizados, se ha desarrollado una verdadera teoría de las cláusulas abusivas y sorpresivas, en virtud de las

⁸¹Hinestrosa, Fernando, *Derecho civil, Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, p. 59.

⁸² “(...) Betti ha indicado que los contratos tienen una función socialmente trascendente, en forma independiente de lo que los individuos quieran. En razón de ello, desarrolló lo que autores posteriores denominaron noción de causa objetiva, o finalidad económico-social del negocio. Ella sería la razón económico-jurídica o práctico-social (...)” (Lorenzetti, Ricardo Luis, op. cit., p. 21).

cuales se puede restar eficacia a lo pactado entre las partes, siempre que pongan en evidencia un evidente desequilibrio entre los contratantes⁸³. Sobre el punto, la doctrina asevera:

“(...) el polo dominante aprovecha su condición, en desmedro del extremo débil, para incluir entre las condiciones generales predisposiciones, cláusulas vejatorias. Y es entonces que el Estado, frente al principal centro de agresión al consumidor, el del abuso de poder en la contratación basada en condiciones generales, se ve constreñido a legislar, buscando el equilibrio(...) Así hallamos, normativamente, soluciones que atienden a un control judicial y específico, y otras que incorporan anticipándose al conflicto, un control preventivo administrativo(...)”⁸⁴.

En este contexto, se insiste, el contrato contemporáneo no siempre será “ley para las partes”, pues, en atención a los efectos del vínculo negocial en la dinámica económica, será posible que se desconozca lo pactado por los contratantes y se privilegie el logro de su finalidad socioeconómica.

3.3 En la determinación de las obligaciones de las partes

247

La doctrina contemporánea ha retomado el concepto de la buena fe, en su vertiente objetiva, para señalar que las prestaciones que surgen del contrato no son sólo aquellas que las partes previeron al momento de contratar o las establecidas por el legislador al tipificar el negocio, sino que, adicionalmente, es necesario considerar una serie de sub-deberes o deberes secundarios de conducta, los cuales se entiende incluidos en todos los contratos atendiendo a la naturaleza del vínculo y su finalidad⁸⁵.

⁸³ “(...) La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de condiciones generales. En este caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido del contrato (...)” (Stiglitz, Rubén S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1994, Pág. 55).

⁸⁴ S. Stiglitz, Ruben y Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Argentina, Ediciones de Palma, 1985, pp. 183 y 184.

⁸⁵ Solarte Rodríguez, Arturo, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, en *Derecho privado y globalización: contratos*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2008, pp. 132 y 133.

Luego, es claro que no sólo lo que hayan pactado las partes es lo que las obligada, sino que surgen deberes ajenos a la voluntad de éstas, como mecanismo para garantizar el logro del fin que el contrato en sí mismo tiene⁸⁶, esto es, para permitir que entre las partes se establezca un vínculo que alcanzará la finalidad por ellas querida, en tanto cada una dispondrá del compromiso de la otra de un actuar ajustado a la buena fe, so pena de tener que asumir las consecuencias negativas de su actuar.

De allí que, el contrato resulte “ensanchado” en su contenido, ya que, adicional a las obligaciones nucleares, se imponen nuevas cargas o garantías que tienen aplicación en la fase precontractual, contractual y postcontractual, por lo que si bien “(...) *estos nuevos deberes que si bien muestran una 'accesoriedad típica', presentan una 'sustancia práctica'* (...)”⁸⁷.

Y es que, la manifestación de voluntad como condición sine quo non para que las partes se obliguen, resulta reevaluada en la contratación contemporánea, pues la misma debe ser armonizada con la idea de que las partes tienen una expectativa que debe ser satisfecha materialmente, en virtud de la cual hay deberes que nacen sin la concurrencia de la misma, como sucede con la carga de actuar con cierta corrección y diligencia, como por ejemplo, divulgando toda la información que sea necesaria para evaluar los riesgos y costos de un determinado negocio (información), o comportándose con seriedad en la fase de negociación (seriedad).

Luego, el contrato nuevamente resulta subordinado a consideraciones extrajurídicas, pues la realidad impuso la necesidad de reconocer deberes aún no señalados por la regulación o que son ajenos a la “ley” de las partes.

3.4 En el equilibrio contractual

En la contratación contemporánea se redimensiona el valor del equilibrio entre las partes, como mecanismo para garantizar la satisfacción de los intereses objetivos de cada una de ellas (finalidad socioeconómica),

⁸⁶ *Manual de contratos*, op. cit., p. 178.

⁸⁷ Rincón Cárdenas, Erick, *Regulación de la contratación electrónica*. En *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, Pág. 875.

imponiendo que haya una evaluación de los efectos materiales que el negocio tendrá en las órbitas patrimoniales de los intervenientes⁸⁸.

Así, Jorge Mosset Iturraspe manifiesta que el contrato no se limita a consideraciones formales sobre el querer de los contratantes, sino que es necesario mirar sus efectos en la realidad y, en particular, la desproporción que en concreto se puede generar para el contratante débil, imponiéndose la intervención estatal para garantizar la igualdad material⁸⁹.

Por ello, fenómenos con la lesión enorme subjetiva, la teoría de la imprevisión, el rompimiento de las cargas contractuales, entre otras, han tomado un papel relevante en la contratación actual, garantizando con ello un cierto equilibrio entre los obligados⁹⁰. Así lo sostiene el tratadista Juan Pablo Cárdenas, a saber:

“(...) Celebrado el contrato el ideal de justicia se prolonga en su ejecución. En esta etapa no se trata de asegurar la justicia que puede considerar adecuada el juez, sino aquella que resulta del contrato que las partes han celebrado. Para ello se vuelve fundamental tomar como punto de partida la finalidad buscada con el contrato y el equilibrio que las partes han querido entre sus prestaciones (...)”⁹¹.

3.5 En el efecto relativo del contrato

Contemporáneamente se admite que los contratos no siempre tienen una finalidad en sí mismos considerados, sino que ellos pueden hacer parte de

⁸⁸ “(...)Los grandes principios subsisten, aunque han perdido su carácter de absolutos, existe ahora una nueva concepción de la autonomía de la voluntad y de la igualdad, que busca la conciliación de estos principios por medio del carácter justo de los contratos y la garantía de equidad en las relaciones contractuales(...)” (Calegari de Grossi, Lydia E., *La conciliación de la autonomía de la voluntad con lo útil y lo justo ante la diversidad de situaciones contractuales*, En *Contratación contemporánea*, Bogotá, Temis, 2000, p. 335).

⁸⁹ Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Argentina, Ed. Rubinzel – Culzoni Editores, 2007, pp. 330 y 331.

⁹⁰ “(...) la justicia contractual compensatoria no se trata solamente del principio de equivalencia en sentido estricto – la exigencia de una equivalencia, al menos aproximada, de prestación y contraprestación-. Sino también, y con mayor alcance, de una 'justa' distribución de las cargas y riesgos relacionados con un contrato (...)” (Larenz, Karl, *Derecho Civil*, Alemania, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 61).

⁹¹ *Justicia y abuso contractual*, en *Los contratos en el derecho privado*, op. cit., p. 706.

una red o cadena en la que se tiene un objetivo supra-contractual común y en el que cada uno funciona como piñón del engranaje, caso en el cual, a pesar de la identidad de cada relación obligacional, entre ellas se tejen estrechos vínculos que pueden conducir a que se reconozcan derecho u obligaciones a favor de terceros, siempre que éstos hagan parte de red.

La anterior situación se conoce como la coligación contractual o las redes contractuales y, en estos casos, se ha admitido que el contrato no puede evaluarse como una pieza jurídica única que es expresión de la voluntad de las partes, sino que se trata de una pieza del engranaje que permite la satisfacción del interés supra-contractual, por lo que nuevamente se impone una evaluación de orden práctica, en orden a establecer cuál es el objeto económico que se persigue y, a partir de esta constatación, determinar el marco de obligaciones y deberes para cada uno de los partícipes.

Piénsese por ejemplo en un contrato de leasing financiero, en el que existe un contrato de compraventa con el proveedor del bien y otro de arrendamiento con opción de compra con el locatario, pues si bien se trata de vínculos diferentes, lo cierto es que hay un vínculo supra-contractual entre ellos y esto es lo que permite que el locatario pueda reclamar directamente ante el proveedor del bien a pesar de que no fue parte de dicho contrato.

Ahora bien, es importante aclarar, siguiendo a François Ost, que no basta con que exista un vínculo entre los contratos para considerar que hay coligación contractual, sino que se necesario que entre los mismos haya una verdadera conexión objetiva que permita concluir que existe una red entre ellos. Esta conexión, que si bien no afecta el cumplimiento de los deberes nucleares del negocio, lo cierto es que posibilidad que los intervenientes en el contrato deban sujetarse a cargas aún ajenas a sus vínculos, siempre que ello se encuentre justificado por la búsqueda del interés común⁹².

⁹² *Tiempo y contrato: crítica del pacto de Fausto*, op. cit., p. 18.

3.6 En la interpretación del contrato

La idea de una interpretación objetiva del vínculo contractual ha venido desplazando la noción subjetiva y propugna porque las disposiciones contractuales sean entendidas como lo haría cualquier persona puesta en las mismas condiciones y no necesariamente como lo creyeron las partes al momentos de negociar⁹³, garantizando así el respeto por lo que materialmente fue convenido y salvaguardando la eficacia del vínculo.

La idea de una interpretación objetiva del vínculo contractual ha venido desplazando la noción subjetiva y propugna porque las disposiciones contractuales sean entendidas como lo haría cualquier persona puesta en las mismas condiciones y no necesariamente como lo creyeron las partes al momentos de negociar, garantizando así el respeto por lo que materialmente fue convenido y salvaguardando la eficacia del vínculo.

Esta tendencia, necesariamente se enmarca dentro de una visión más práctica y menos jurídica del negocio, en tanto no se limita a considerar que el contrato es expresión de la voluntad de las partes, sino que se pregunta qué debería entender cualquier persona que estuviera en la condición de intérprete, considerando la finalidad socioeconómica del vínculo⁹⁴, con lo cual la discusión adquiere un tamiz eminentemente práctico, en el sentido de volver la mirada sobre el contrato considerando en el contexto de la comunidad que le sirve de contexto.

Al respecto, es procedente citar in extenso el análisis realizado por Jorge Mosset Iturraspe:

“(...) La concepción que la 'economía de mercado' tiene a imponer como más favorable a sus designios, muestra como características:

a) Una notable preferencia por 'estar a lo declarado', atenerse a 'la literalidad de los términos utilizados', una especie de 'interpretación restrictiva';

⁹³Cfr. Diez-Picazo, Luis y Guillón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, España, Editorial Tecnos, 1992, p. 83.

⁹⁴“(...) La interpretación complementaria del contrato no es interpretación de declaraciones de voluntad en particular y de su significado normativo, sino interpretación de la regulación objetiva creada con el contrato

- b) En tal sentido, opta por una noción 'objetiva' y no subjetiva del contrato. Se queda con 'lo declarado', aun a riesgo de no interpretar lo 'verdaderamente querido'. Es su manera de atender a la 'seguridad jurídica';
- c) De este modo se atenúan o desaparecen las incertidumbres, inherentes a la interpretación del contrato, basadas en elementos subjetivos y, a la vez, se 'facilita la operación de los mercado', el cálculo económico, la distribución de los riesgos y la medición de los beneficios;
- d) Pierden significación, en consecuencia, tanto la 'búsqueda de las intenciones', como las denominadas 'bases objetivas y subjetivas'; lo mismo ocurre con la buena fe-creencia, puesto que la apariencia está dada -y limitada- a lo exteriorizado (...)"⁹⁵.

Luego, bajo la consideración de que es más seguro estarse a lo declarado que a lo querido, el contrato se mira inserto en el contexto de su realidad socioeconómico, superándose así el dogma de la voluntad como criterio autorreferente del ordenamiento contractual.

3.7 En los efectos económicos

Por último, es innegable que el análisis económico del derecho ha venido permeando el entendimiento del contrato, en cuanto debe garantizarse la eficiencia económica originada en la relación establecida entre las partes⁹⁶.

Y es que el contrato, como mecanismo que garantizar la movilización de los activos y permite el intercambio económico en términos de seguridad, requiere un nivel de efectividad medido en bajos costos de transacción, de suerte que no impacte negativamente el valor de los bienes y servicios, pues “(...) el cumplimiento de la obligación debe ser a un costo mínimo,

(...)" (Larenz Karl, *Derecho Civil*, op. cit., p. 744).

⁹⁵ Cómo contratar en una economía de mercado, En *El contrato en una economía de mercado*, Bogotá, Pontifícia Universidad Javeriana, 2009, p. 150.

⁹⁶ “(...) el objetivo del análisis económico del contrato (AEC) consiste en determinar qué características debe tener el derecho contractual para inducir un comportamiento eficiente de los agentes económicos (...)" (Anzola Gil, Marcella, *Ánalisis económico del contrato*, op. cit., Pág. 809).

razonable, que viabilice y haga posible el libre tráfico de los bienes y servicios (...)"⁹⁷.

Queda claro, entonces, que la vuelta a las consecuencias provoca que el contrato deje de ser simplemente una forma de crear derecho de manera formal y sin consideración a la posición de las partes contratantes, sino que se alimenta de fenómenos externos a él como la causa que motivó el contrato (recuérdese que en el derecho privado clásico la causa sólo surtía efectos si era claramente revelada) y las condiciones de los contratantes, teniendo que cumplir estándares mínimos de justicia y de efectividad que antes le era extraño.

Por ello, autores como Carlos Alberto Soto Coaguila y Jorge Mosset Iturraspe, sostienen que el contrato “*(...) ha dejado de ser un mero 'negocio entre privados'; interesa y preocupa su 'función social', la resonancia de una 'injusticia contractual' pueda tener frente a la sociedad y el mercado. Se piensa que principios como los de Buena fe, Solidaridad y Equidad no pueden estar ausentes. Se encuentra de por medio la persona humana, el respeto a su dignidad como 'cosa sagrada' (...) No resulta exagerado afirmar que, al igual que la propiedad, el contrato están en función social, debiendo los celebrantes atender al objeto fin individual y también a la sociedad. Se habla, por ello, de 'un civismo contractual' (...)"⁹⁸.*

Lo expuesto permite concluir que el contrato contemporáneo sólo puede ser entendido si se inserta y vincula con la realidad en la que pretende surtir de efectos, de suerte que se consideren sus consecuencias y su interrelación con la finalidad económica y social que tiene el contrato.

4. CRÍTICA LUHMANIANA A LA VUELTA SOBRE LAS CONSECUENCIAS.

La mirada a las consecuencias en el derecho no es un tema pacífico, pues en sí mismo supone un cambio a la forma de concebir el derecho y,

⁹⁷Soto, Carlos Alberto, *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predisuelto*, En *Contratación contemporánea*, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 397.

ciertamente, puede conducir a una mayor inseguridad en el campo jurídico.

Al respecto, Luhmann, después de destacar el papel fundamental que tiene la dogmática como criterio para definir qué es y qué no es derecho, permitiendo una toma de distancia donde la sociedad espera vinculación, todo de un marco máximo de inseguridades soportables⁹⁹, cuestiona el hecho de que las consecuencias sean un criterio adecuado para organizar el derecho, pues uno de los pilares básicos del sistema jurídico es la seguridad jurídica, en tanto la misma permite generalizar y estabilizar las expectativas de conducta, la cual se ve socavada al centrarse en las consecuencias. Claro está, para Luhmann, la seguridad jurídica no supone un respeto irrestricto del *status quo*, sino que admite cierta indeterminación, siempre que la misma pueda ser manejada a partir de un marco de expectativas que sea compatible con la consistencia de las decisiones¹⁰⁰.

Para este autor, cuando el derecho pase su centro de gravedad hacia la frontera del *output*¹⁰¹, esto es, las consecuencias, se plantea la pregunta sobre su posibilidad real de mantener la diferenciación del derecho, de suerte que el sistema jurídico mantenga su autonomía¹⁰², ya que en aquel evento debe darse cabida a la ponderación como regla de aplicación, el cual carece de la precisión requerida para definir qué es el derecho. Por ello, un análisis basado en consecuencias sólo resulta plausible bajo la consideración de que se excluyan las consecuencias colaterales de la decisión y de que la evaluación se centre en las condiciones que permitan aislar las consecuencias de la toma de decisiones¹⁰³. Sin embargo, esta tarea no parece plausible, pues la orientación a las consecuencias difícilmente

⁹⁸ *El contrato en una economía de mercado*, op. cit., pp. 21 y 38.

⁹⁹ “(...) la inseguridad tiene que habérselas con inseguridades que solo aparentemente son superadas por la vinculación. La dogmática permite la reproducción de dudas, el aumento de las inseguridades soportables (...) De momento sólo queremos dejar sentado que el aumento de la tolerancia de inseguridad significa una cualidad de sistema muy esencial para sociedades complejas (...)” (*Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., p. 30).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰¹ “(...) el sistema ve un problema principal en la producción de determinados efectos en el contorno y se procura información como medio para este fin, es decir, conforme un específico interés por producir efectos (...)” (*Ibid.*, p. 48).

¹⁰² *Ibid.*, p. 61.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 68 y 69.

puede adquirir una función constitutiva para la formación de una dogmática sobre la materia¹⁰⁴, pues se corre el riesgo de vulnerar el principio de igualdad¹⁰⁵, es poco eficiente¹⁰⁶ y se vuelve en extremo complejo¹⁰⁷, conduciendo a una “(...)dogmática jurídica que(...) renuncia con ello a reflejar el carácter sistemático que tiene la actividad jurídica en relación con el entorno social en la frontera del output(...)”¹⁰⁸.

Concluye Luhmann, entonces, que la vuelta a las consecuencias puede concluir en una indeterminación del derecho, ya que pierde relevancia el análisis de lo que puede ser o no derecho (lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto), para centrarse en los efectos de la decisión, los cuales son de naturaleza incierta y de difícil control.

No obstante lo anterior, debe señalarse que, en el campo abstracto, no hay razón para concluir el porqué el análisis centrado en inputs es excluyente con el de outputs, pues nada obsta para que se construya una teoría lo suficientemente comprensiva que sirva para establecer lo que debe entenderse por una controversia jurídica (en el momento de entrada al sistema) y que, una vez superando este requisito, pueda evaluarse las eventuales consecuencias y a partir de ellas admita elementos que permitan reinterpretar el derecho.

255

Esto quiere decir que el sistema tendría un doble nivel de aumento de indeterminación, uno derivado de la dogmática en la puerta del input y otro en la salida con el establecimiento de las consecuencias plausibles, afectando ciertamente la seguridad jurídica. Empero, cada uno de estos momentos debe contar con mecanismos que permitan reducir su complejidad, como sucede con dogmáticas fuertes en la determinación del derecho y la identificación de las consecuencias como conceptos válidos.

En este sentido, en materia contractual nada obsta para que se permita, en los casos de contratación contemporánea, una vuelta sobre las

¹⁰⁴ Ibíd., p. 73.

¹⁰⁵ Ibíd., p. 74.

¹⁰⁶ Ibíd., p. 75.

¹⁰⁷ Ibíd., pp. 76 y 77.

¹⁰⁸ Ibíd., p. 79.

consecuencias, bajo la consideración de que lo relevante en estos contratos es el logro de la finalidad querida con el tipo contractual, más allá de la intención de las partes. Con este criterio se reduce sustancialmente la indeterminación, pues en lugar de centrarse en el aspecto subjetivo del querer de los contratantes, se mira cuál es el objetivo que normalmente se persigue con la forma contractual y, a partir de allí, se determinan las obligaciones de las partes, uno de los principios que, precisamente, explican la contratación contemporánea, como se explicó en precedencia.

Claro está, ciertamente se corre el riesgo de que el derecho se desdibuje en conceptos económicos, pero es aquí donde se exigen abogados conocedores de su disciplina y abiertos a consideraciones extranormativos, pues solamente una apertura al derecho económico, evitando el análisis económico, permitirá un derecho más ajustado a la realidad, como ciertamente lo reclama la contratación contemporánea, en el sentido de que no lo fundamental es la eficacia del negocio y su concepción objetiva, aún cuando ello suponga un sacrificio relativa de la supremacía de la voluntad.

5. CONCLUSIONES.

El recorrido realizado en este escrito demuestra que existe una tendencia contemporánea en el sentido de admitir que el derecho, como un sistema social, debe considerar los elementos que provienen de la realidad que pretende regular, de suerte que la concepción autoreferente del derecho está llamada a perder peso relativo frente a otras explicaciones del ordenamiento.

En desarrollo de estas nuevas teorías se ha redimensionado el valor de los efectos materiales de las normas o sus consecuencias, en el sentido de que este elemento debe considerarse dentro de una concepción explicativa del derecho. Así, tanto teorías dogmáticas como las de Manuel Atienza, o sociológicas como las de Pierre Bourdieu, reconocen el valor de la realidad como elemento del derecho, generándose una relación constitutiva entre ambos campos.

A través de esta explicación cobran relevancia algunos análisis teóricos, tales como el alcance filosófico de los derechos o el efecto de los trasplantes jurídicos, pues estos estudios parten del reconocimiento de la realidad como definitiva en la comprensión del derecho. Esto mismo sucede en materia de contratación contemporánea, pues se reclama un mayor peso a la objetividad del contrato, en el sentido de que lo fundamental no son las formas típicas, sino los resultados que producen en la realidad, aún por encima del querer de los contratantes expresado en su intención.

Ahora bien, la vuelta sobre las consecuencias ciertamente supone un aumento del nivel de incertidumbre en la determinación de cuál es el derecho, pero ello se restringe a través del principio de la funcionalidad objetiva, en el entendido de que debe favorecer la finalidad que normalmente se espera del respectivo negocio jurídico, al margen del interés contractual.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría general*, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1999.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, España, Ed. Ariel, 2006.

Anzola Gil, Marcela, *Análisis económico del contrato*, En *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2007.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles*, Tomo III, Medellín, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 2006.

Bianca, Massimo, *Derecho civil*, Trad. Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del derecho*, España, Ed. Debate, 1992.

Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2002.

Bourdieu, Pierre, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en *La Fuerza del derecho*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre Editores, 2005.

Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Argentina, Ed. Ediciones Jurídicas Europa - América, 1956

Calegari de Grossi, Lydia E., *La conciliación de la autonomía de la voluntad con lo útil y lo justo ante la diversidad de situaciones contractuales*, En *Contratación contemporánea*, Bogotá, Ed. Temis, 2000.

Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Ed. Trotta, 2005.

Cárdenas, Juan Pablo, *Justicia y abuso contractual*, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2007.

- Castro, Marcela, *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2006.
- Cotterell, Roger, *Why must legal ideas be interpreted sociologically?*, en *Journal of law & society*, Vol. 25, Issue 2, Estados Unidos, 1998
- Courtis, Christian, *El juego de los juristas: Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, en *Ecos Cercanos*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2006.
- Diez-Picazo, Luis y Guillón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, España, Ed. Tecnos, 1992.
- Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Argentina, Ed. Astrea, 1999.
- García Villegas, Camilo, *Sociología y crítica del derecho*, México, Ed. Fontamara, 2010
- Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*, Perú, Ed. Jurídica Cuyo, 1996.
- Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*, T. 1, Argentina, Ed. Astrea, 1998.
- Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003.
- Hinestrosa, Fernando, *Derecho civil, Obligaciones*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1969.
- Jauffret – Spinosi, Camille, *Influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos, el El contrato: problemas actuales, evolución y cambios*, Bogotá, Ed. Digiprint, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Ed. Porrúa, 2003.

- Lafont Pianetta, Pedro, *Manual de contratos*, T. 1, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2005.
- Larenz, Karl, *Derecho civil*, Alemania, Ed. Revista de Derecho Privado, 1978.
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Juliana Neuenschwander de Magalhães (trad), Versión 5.0, 13 de enero de 2003, documento disponible en Internet.
- Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, España, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983.
- Luis Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Argentina, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1999.
- Morales De Setién, Carlos, *Estudio Preliminar en La fuerza del derecho*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2005.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1977.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*, En *El contrato en una economía de mercado*, Bogotá, Ed. Pontifical Universidad Javeriana, 2009.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Algunos Enfoques de la relación entre Derecho y Economía*, en *El contrato en una economía de mercado*.
- Nelken, David, *Blinding Insights? The limits of a reflexive sociology of law*, en *Journal of law & society*, Vol. 25, Issue 3, Estados Unidos, 1998.
- Neme Villareal, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Ost, François, *Tiempo y contrato: crítica del pacto de Fausto*, En *Doxa*, No. 25, España, Universidad de Alicante, 2002.
- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2005.

- Rengifo Gardeazábal, Mauricio, *Contratos, hechos y normas*, En *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2007.
- Rincón Cárdenas, Erick, *Regulación de la contratación electrónica*, En *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2007.
- Ripert, Jorge, *La regla moral en las obligaciones*, Trad. Carlos Julio Latorre, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1941.
- Rodenés, Ángeles, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, en *Doxa*, No. 26, España, Universidad de Alicante, 2003.
- Rodríguez, César, “Teoría del derecho y decisión judicial en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”, en *La decisión judicial, El debate Hart – Dworkin*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.
- Solarte Rodríguez, Arturo, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, en *Derecho privado y globalización: contratos*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2008.

Soto Coaguila, Carlos Alberto. *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predisuelto*, En *Contratación contemporánea*, Bogotá, Ed. Temis, 2000.

Soto Coaguila, Carlos Alberto. *La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato*, en *El contrato en una economía de mercado*.

Stiglitz, Rubén S. “La obligación precontractual y contractual de información: El deber de consejo”, en *Estudios sobre consumo*, No. 42, Argentina, 1997.

Stiglitz, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 1994.

- Stiglitz, Ruben S. y Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Argentina, Ed. De Palma, 1985.
- Torres Corredor, Hernando, *La Corte Constitucional entre la economía y el derecho*, en *Pensamiento Jurídico, Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, No. 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- Teubner, Gunter. *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*, en *La Fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Ed. Universidad de los Andes, 2000.
- Teubner, Gunter. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Perú, Ed. ARA Editores, 2005.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Abel Rodríguez, Andrés, *Interpretación judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003.
- Vallespinos, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Argentina, Ed. Universidad, 1984.
- Vásquez Sánchez, Omar, *De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica*, En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 12, 2009.
- Zuel Gomes, Rogerio. “Nuevas tendencia en derecho de contratos”, en *Revista del consumidor*, No. 3, Brasil, 2006