



EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

DIANA CAROLINA PÉREZ ARANGO

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.04>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 56

julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

El solidarismo contractual desde el análisis económico del derecho

Resumen

A la hora de obligarse es claro que cada una de las partes persigue intereses individuales y por lo tanto la dinámica normalmente transcurre dentro de un individualismo contractual, pero pueden existir ciertas situaciones en las cuales sea necesario apartarse de ese "egoísmo" y acudir a nuevos criterios, como por ejemplo el solidarismo contractual. El servirse de esta doctrina permitiría en algunos casos (no todos), por un lado, disminuir los costos que implica el cumplimiento del contrato y, por otro lado, elevar la utilidad esperada por cada una de las partes, conciliando de esta manera imperativos clásicos de la estabilidad y la seguridad jurídica con principios como la solidaridad, la colaboración, entre otros. Así pues, la pregunta a plantearse es: ¿En qué situaciones o circunstancias el solidarismo contractual resulta ser más eficiente que el individualismo contractual teniendo en cuenta la razonabilidad de los sujetos, sus preferencias y sus expectativas de utilidad?

Palabras clave: solidarismo contractual, eficiencia, racionalidad, costos de transacción, deberes secundarios de conducta.

Contractual solidarism from the economic analysis of the law

Abstract

At the time of be bound it is clear that each of the parties is pursuing individual interests and therefore the dynamic normally takes place inside a contractual individualism but there may be some situations in which it is necessary to depart from that "selfishness" and go to new approaches, such as for example the contractual solidarism. The use of this doctrine would in some cases (not all) on the one hand lower costs involving the fulfillment of the contract, and on the other hand raise the expected utility for each of the parties, reconciling this way imperatives classic of the stability and security with legal principles such as solidarity, collaboration, among others. And it is precisely the economic analysis of law which allows us to assess in what situations or circumstances the contractual solidarism proves to be more efficient than the individualism contractual taking into account the reasonableness of the subjects, their preferences and expectations of utility?

Keywords: solidarism contractual, efficiency, rationality, transaction costs, secondary duties of conduct.

El solidarismo contractual desde el análisis económico del derecho*

DIANA CAROLINA PÉREZ ARANGO¹

SUMARIO

Introducción – I. APROXIMACIÓN AL SOLIDARISMO CONTRACTUAL – A. *Teoría general del contrato* – B. *El contexto de los contratos* – 1. Paradigma del mercado – 2. Racionalidad – 3. ¿Por qué cumplimos los contratos? – C. *El solidarismo contractual* – 1. Ubicación – 2. El cumplimiento de los deberes secundarios del contrato – II. EL MÉTODO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL CONTRATO – A. *Eficiencia y los costos de transacción, una posición desde el teorema de Coase* – B. *Racionalidad* – III. A MODO DE CONCLUSIÓN – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Pérez Arango, D. C. (Diciembre, 2016). El solidarismo contractual desde el análisis económico del derecho. *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/rede-priv.56.2016.04>

1. Estudiante de décimo semestre de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Correo: dianacp86@gmail.com

Introducción

En el presente artículo de reflexión se analiza brevemente la relación existente entre el solidarismo contractual y el análisis económico del derecho. Para ello se hace una breve enunciación de la teoría general de los contratos y de los elementos más relevantes que condicionan su existencia y validez. Luego de ello se procede a contextualizar el campo de acción del contrato, determinado en su mayoría por las condiciones del mercado. De allí que la incertidumbre y el riesgo sean factores que los agentes deban asumir a la hora de entablar todo tipo de relaciones jurídicas contractuales, al tener poco o nulo conocimiento del comportamiento del mercado. Será entonces la racionalidad de los sujetos la que permitirá que tomen decisiones aun en ausencia de información o conocimiento, y obtengan resultados favorables y realmente beneficiosos. Por esto se alude también al ¿por qué se cumplen los contratos?, y será la racionalidad la respuesta tanto a la pregunta como la razón de ser de las relaciones contractuales.

Posterior a ello se hace mención a la doctrina del solidarismo contractual, una breve reseña histórica de su aparición y desarrollo, para luego comentar sobre los deberes secundarios de conducta de gran importancia para su aplicación. Se habla, pues, de deberes tales como la información, protección, fidelidad, secreto y consejo. Habiendo hecho un breve recuento de los temas principales, se sigue con el análisis económico del derecho, precisando su principal objetivo y sus elementos fundamentales,

tales como la eficiencia y la racionalidad. Para el caso de la eficiencia se tiene en cuenta el teorema de Coase, preciso para entender la dinámica de los sujetos en cuanto a sus decisiones y valores esperados. Y en cuanto a la racionalidad, la distinción entre racionalidad paramétrica y estratégica hecha por Albert Cal-samiglia, es la que permite ver de qué manera la racionalidad estratégica de los sujetos se relaciona íntimamente con la doctrina del solidarismo contractual.

I. APROXIMACIÓN AL SOLIDARISMO CONTRACTUAL

El solidarismo contractual

cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad según la cual el individuo es el mejor defensor de sus intereses. [De esta manera] pone en duda la idea de que las partes sean las únicas que deban establecer la oportunidad del contrato, y que el hecho de que este sea negociado implique necesariamente que sea equilibrado, y que sea imposible intervenir en él en aras de la seguridad jurídica. (Bernal Fandiño, 2007, p. 17).

La voluntad de las partes, como elemento constitutivo y elemental de los contratos, se ve, entonces, cuestionada por esta doctrina en la medida que puede resultar, por un lado, restrictiva en cuanto a soluciones y medidas de cooperación que promuevan el cumplimiento de los contratos y, por otro lado, ineficaz en

cuanto a la obtención de beneficios o utilidades previstas desde un inicio.²

Pero antes de abordar el tema del solidarismo es pertinente dejar en claro qué es un contrato, cuáles son sus elementos constitutivos, y precisar sobre unos temas que permitirán entender el porqué de la posición adoptada en este escrito, sin necesidad de profundizar en ellos.

A. Teoría general del contrato

Tradicionalmente el contrato es definido como aquel acuerdo de voluntades³ encaminadas a crear derechos y obligaciones entre las partes legalmente capaces. Por esta razón es considerado la fuente principal de las relaciones obligatorias, de carácter bilateral en la medida que crea vínculos jurídicos específicos⁴ en virtud de los cuales una persona puede exigir de otra la ejecución de una prestación, sea esta de dar, hacer o no hacer una cosa.⁵

De lo anterior se sigue que se requiere de unos elementos que den existencia y validez a los contratos, tal como lo establece el Código Civil (CC): la capacidad legal (art. 1502 inc. 2), el consentimiento exento de vicios (arts. 1502 num. 2, 1508 y ss.), objeto lícito (arts. 1519, 1521 y 1523), causa lícita (art. 1524) y el cumplimiento de las solemnidades plenas, cuando hubiere lugar a ellas.

B. El contexto de los contratos

El hombre por sí solo no puede satisfacer de manera aislada sus necesidades, razón por la cual requiere del intercambio de bienes y servicios, actividad que realiza o lleva a cabo mediante relaciones y negocios con otras personas, dando lugar a aquello que se conoce como derecho de las obligaciones y de los contratos (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2011, p. 30). De aquí que este tipo de relaciones y negocios los realice en un lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer

2. Al respecto David Gauhier, filósofo canadiense-estadounidense que sostiene una teoría moral contractualista neohobbesiana, deja claro que “lo único que nos importa en la elección de nuestras acciones es [según él] el beneficio que podemos esperar de ellas en términos de la satisfacción de nuestras preferencias individuales” (citado por Zimmerling, 1989, p. 53).

3. “El acto jurídico es por definición una manifestación de voluntad directa y reflexiva encaminada a producir efectos jurídicos” (Ospina Fernández, 2005, p. 35). En cuanto a la voluntad directa y reflexiva debe tenerse en cuenta que, precisamente, es la racionalidad de los agentes la que permite emplear el solidarismo como una alternativa para el satisfactorio cumplimiento de los contratos, y consigo disminuir los costos subyacentes al cumplimiento o posible incumplimiento de estos.

4. Ospina Fernández aclara “que los contratos y las convenciones se diferencian en su objeto. En las convenciones, por ejemplo, el objeto es la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas de cualquier tipo, mientras que los contratos tienen por objeto la creación de obligaciones. Razón por la cual concluye, que todo contrato bien puede ser una convención, pero no toda convención puede ser un contrato” (2005, p. 43).

5. Código Civil. “Artículo 1495. Contrato o convención es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa.”

un producto con los sujetos cuyo interés es satisfacer sus necesidades, denominado mercado⁶ (Velandia, 2011, pp. 31, 32).

Es así como el contexto de los contratos se enmarca dentro de una interacción constante entre la oferta y la demanda, interacción que como se verá más adelante, en gran medida va a influir en la toma de las decisiones de las partes, a la hora de pactar las cláusulas contractuales o dejar en firme las condiciones de ejecución del contrato, de cumplir con lo pactado, de actuar y tomar decisiones frente y sobre las imprevisiones que harían aún más costoso el cumplimiento, entre otras situaciones que impliquen la determinación de las partes.

1. Paradigma del mercado

Teniendo en cuenta que el contexto de los contratos se enmarca dentro de esa interacción de oferta y demanda, los sujetos se encuentran entre dos situaciones complejas: la incertidumbre y el riesgo. Situaciones que sin lugar a duda resultan interesantes y a su vez perti-

nentes, si se quiere abordar el tema del solidarismo contractual. Debe aclararse entonces cuándo hay incertidumbre y cuándo hay riesgo. Se presenta incertidumbre cuando el agente no tiene conocimiento alguno de la situación, ni información que le permita prever los efectos de sus decisiones (Márquez Escobar, 2004, p. 62).⁷ Pues bien, siendo tan turbio ese panorama, se necesita de algo que sea capaz de eliminar dicha incertidumbre y, por lo tanto, de proporcionarle al agente cierta probabilidad de ocurrencia de los hechos. Ese algo es, teniendo en cuenta la doctrina del solidarismo contractual, y por tanto los deberes secundarios de conducta (de los cuales se hará mención más adelante), el deber de información y de consejo. Estos deberes permitirán que el agente tenga una previsión del efecto de su acción, esto es, la posible ganancia o pérdida al ejercerla (Márquez Escobar, 2004, p. 62).

Por otro lado, está el riesgo por la falta de previsión del agente,⁸ lo que quiere decir que va a depender del valor que se le asigne a las variables que presenten ausencia de información sobre su comportamiento.⁹ De aquí que

6. El mercado es, entonces, aquel espacio en donde se adquieren bienes y servicios a cambio de un precio, cuyos elementos clave son: 1. Sujetos de la oferta, 2. Sujetos de la demanda, 3. Un territorio, y 4. Bienes objeto de la relación negocial (Velandia, 2011, p. 32).

7. En la incertidumbre, al ser el estado más extremo de ignorancia, no existe la probabilidad, razón por la cual el agente económico no puede determinar el resultado de su acción o de la acción de los demás agentes, en la medida que son decisiones que requieren de una total deliberación (Márquez Escobar, 2004, p. 62).

8. Márquez Escobar (2004, p. 62), citando a Varian (1998), señala la existencia de dos tipos de falta de previsiones, por un lado la exógena, cuyas fuentes son externas al mercado, razón por la cual las acciones de los agentes no van a afectar el riesgo del mismo, y las fuentes endógenas, que por pertenecer al mercado, van a generar incertidumbre en este.

9. Las variables van a representar la posibilidad de ocurrencia de un hecho, y este al ser incierto va a traer consigo cierta probabilidad de ocurrencia, a diferencia de la incertidumbre, en donde la probabilidad es inexistente (Márquez Escobar, 2004, p. 63).

para Márquez Escobar (2004, p. 63) presente una probabilidad de ocurrencia y deba por ello depender de un conjunto de hechos ciertos, siendo por ello o una probabilidad objetiva (conocida por todos los agentes), o una subjetiva (creencias e intuiciones). En este último caso, ese tipo de asignaciones subjetivas reciben el nombre en términos económicos de “valor esperado” o “utilidad esperada”, que entre otras cosas permiten determinar cuál será la decisión óptima de un agente en ausencia de información.¹⁰ Puede verse entonces que los agentes actúan teniendo en cuenta aquello que esperan obtener luego de tomar alguna decisión; en el caso de los contratos, y más específicamente en el caso del solidarismo contractual, inician con unos valores esperados propios, pero a medida que las situaciones lo van requiriendo dichos valores se transforman y van adquiriendo mayor valor, razón por la cual toda decisión que tomen estará en función de la máxima utilidad esperada.

2. Racionalidad

Pues bien, en este punto en donde se hace mención al contrato, sus elementos, su contexto y demás, es necesario comentar sobre la racionalidad de los agentes o las partes de un contrato, en la medida que son estos quienes

deciden en todo momento el rumbo de lo pactado, ya que como se dejó claro anteriormente, el contrato es una manifestación de la voluntad directa y reflexiva encaminada a producir efectos jurídicos. Es por ello que las preferencias de los sujetos se han visto caracterizadas por ser completas, reflexivas, transitivas y continuas (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 44), características que permiten que el sujeto, como ser racional que es, pueda ordenar cada una de las preferencias de acuerdo a la función de utilidad que sobre estas recaiga; en otras palabras, la racionalidad del sujeto le permite escoger entre numerosas preferencias en función de los resultados que este desea y la utilidad que espera obtener, buscando maximizar esta última.

Así, como se verá más adelante, la incorporación del análisis económico del derecho permite analizar y verificar la manera en que las normas condicionan en gran medida el comportamiento de los individuos, y en parte contribuir a fundamentar la racionalidad no solo del mercado, sino también la racionalidad de los agentes¹¹ o las partes de un contrato (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 41).

Hay quienes sostienen que la racionalidad de los sujetos está estrechamente relacionada con su moralidad, sin que exista la necesidad

10. Surge del cálculo del promedio de la utilidad esperada de cada una de las opciones que tiene el agente a su alcance (Márquez Escobar, 2004, p. 64).

11. “Una persona es racional en la medida en que elige aquellas acciones que maximizan su utilidad esperada, donde esta utilidad depende exclusivamente de sus preferencias ponderadas (*considered*) que, a su vez, derivan del valor —subjetivo y relativo— que el individuo asigna a cada uno de los posibles estados de cosas alternativos. (...) la elección de una acción no maximizadora de utilidad debe ser considerada como irracional.” (Zimmerling, 1989, p. 55).

de satisfacer otro tipo de condición adicional a la racionalidad de los agentes en todo tipo de interacción.¹² Se tiene entonces, que la moralidad exige que “se reconozcan los derechos de cada persona a ciertos bienes y que la persecución de la maximización de utilidad se restrinja a aquello que puede obtenerse sin aprovecharse de los demás y violar así sus derechos” (Zimmerling, 1989, p. 63).

también el hecho de cumplir lo pactado, razón por la cual resulta racional todo tipo de disposición por parte de los sujetos, a cumplir disciplinadamente con las restricciones a la maximización de utilidad que se imponen a sí mismos, dado que esas restricciones contribuirán a elevar el máximo de utilidad “esperable”¹³ (citado por Zimmerling, 1989, p. 55).

3. ¿Por qué cumplimos los contratos?

Se sostuvo que la racionalidad de los agentes depende en gran medida de la toma de decisiones tendientes a maximizar su utilidad, de lo contrario cualquier toma de decisiones que conlleve resultados que se encuentren por debajo de las utilidades esperadas resultan irracionales. Teniendo esto claro se pueden entender posiciones tales como la de Gauthier, cuando establece que la racionalidad no solo prescribe celebrar un contrato sino también cumplirlo, lo que quiere decir que resulta racional no solo el simple hecho de contratar, sino

C. El solidarismo contractual

Se ha venido hablando que la doctrina del solidarismo tal vez, en algunos casos, pueda dar soluciones mucho más efectivas y óptimas que un individualismo contractual; como dice Mantilla (2011) citando a Alain Sériaux,¹⁴ las partes serán capaces de ponerse de acuerdo configurando el punto máximo de la sociabilidad y la amistad, tratando de hacerle justicia en todo a su contraparte (p. 231).

Esto es solo una parte de todo lo que el solidarismo contractual puede llegar a lograr, siendo posible en la práctica conciliar imperativos clásicos

12. Gauthier parte de la siguiente concepción antropológica pesimista: lo único que nos importa en la elección de nuestras acciones es el beneficio que podemos esperar de ellas, en términos de la satisfacción de nuestras preferencias individuales, (citado por Zimmerling, 1989, p. 53), para dar a entender que las relaciones contractuales por su naturaleza están determinadas por un individualismo contractual.

13. Al respecto, Zimmerling (1989) comenta que para Gauthier “la propia maximización de utilidad no debe referirse a rendimientos particulares (*performances*) sino a estrategias (*policies*)” (p. 67), aspecto este de vital importancia en el solidarismo contractual, en la medida que los sujetos — también llamados partes—, interactúan y toman decisiones en función del interés común y no individual, empleando para ello estrategias de solución de conflictos, estrategias de cumplimiento del contrato y beneficios.

14. Alain Sériaux deja claro que el contrato “no es, [y] no puede ser, un mero punto de equilibrio que culmina una negociación conflictual entre dos personas que se ponen de acuerdo solo porque no les queda otra opción” (1998, p. 231), en la medida que deben las partes buscar lo mejor de manera recíproca, alcanzando de esta forma resultados efectivos, óptimos y realmente útiles.

cos de todo contrato, tales como la estabilidad y la seguridad jurídica, con principios como la solidaridad, la colaboración, la lealtad, la coherencia, entre otros (Bernal Fandiño, 2007, p. 15). Pero, ¿por qué conciliar estos imperativos con tales principios? A esta pregunta el solidarismo responde diciendo que se duda en gran medida de la idea de que las partes sean las únicas que deban establecer la oportunidad del contrato, que lo negociado implica que este sea equilibrado y que por esa razón es imposible intervenir en él (así sea para lograr mejores resultados), en aras de la seguridad jurídica.¹⁵ De ahí que el solidarismo busque restablecer un cierto equilibrio en los contratos, y al mismo tiempo que cada una de las partes tenga en cuenta el interés del otro. En palabras de Denis Mezeaud:

El solidarismo contractual consiste esencialmente (...), en una exigencia de civismo contractual que se traduce, para cada contratante, en el hecho de tomar en cuenta y respetar el interés legítimo de su contratante. Esta ética contractual se manifiesta concretamente, entre otras cosas, mediante las nociones de altruismo, decencia, coherencia, proporcionalidad y cooperación, y excluye el egoísmo, la indiferencia, la indolencia y el cinismo. (2004, p. 58-59).

1. Ubicación

Históricamente el solidarismo contractual se ubica en Francia, en donde según Bernal Fandiño la regulación de los contratos hecha por el Código de Napoleón dejó en firme una clara libertad contractual, y al mismo tiempo permitió que tanto el consentimiento contractual como la autonomía de la voluntad establecieran las pautas de ejecución bajo un individualismo contractual que terminó en un abuso entre contratantes, dejando en evidencia que la libertad y la igualdad pregonadas en la época eran meramente formales (2007, p. 17). Es así como el solidarismo, en tanto doctrina política, nace por la formulación hecha por León Bourgeois en 1896, en su obra *Solidaridad*, en donde estableció los principios de este movimiento.¹⁶ Pero fue Durkheim quien introdujo el concepto de “solidarismo contractual” como una doctrina y movimiento filosófico y político.

De aquí que los jueces franceses, bajo el imperio de la ley solidarista, sancionaran los abusos que habían sido previstos por la ley (abuso del derecho, cláusulas abusivas, etc.) y pudieran reorganizar el contrato, obligando en ocasiones a su renegociación bajo otras circunstancias.

15. En un inicio se dejó claro que la doctrina del solidarismo contractual cuestionaba el dogma de la autonomía de la voluntad que pregona al individuo como el mejor defensor de sus intereses. Es de aclarar que el solidarismo tendrá mejores resultados en algunos de los casos, puesto que depende en gran medida del contexto del contrato que, como se dijo, es el mercado (oferta, demanda, intereses, eficiencia, optimización).

16. En su obra, Bourgeois plantea la existencia de un lazo necesario de solidaridad entre cada uno de los individuos, donde los hombres van a depender los unos de los otros, siendo tal solidaridad un hecho natural y social (Bernal Fandiño, 2007, p. 16).

2. El cumplimiento de los deberes secundarios del contrato

En todo contrato existen unos deberes de prestación, u obligaciones directamente derivadas de este, que están relacionadas con la satisfacción de los intereses jurídicos que se tienen en cuenta a la hora de celebrar un contrato determinado. El Código Civil en su artículo 1495 especifica este tipo de obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer alguna cosa, y deja claro que la fuente principal de las obligaciones dentro del ordenamiento jurídico es el contrato (art. 1494); de la misma manera, establece las acciones que pueden emprenderse en caso de incumplimiento de alguna de las partes (por ejemplo, art. 1546), lo que de una u otra manera da cuenta de la importancia de los deberes u obligaciones que surgen una vez se haya celebrado el contrato. Pero esto no quiere decir que existan solo ese tipo de deberes, puesto que al lado de estas relaciones obligacionales hay otros deberes jurídicos cuyo origen se remonta a comienzos del siglo XX, en planteamientos realizados por juristas alemanes tales como Staub, Stoll y doctrinantes franceses como Demogue (Solarte Rodríguez, 2004, p. 304), que se conocen como “deberes secundarios de conducta”. Dentro de estos

derechos se reconocen los siguientes, que se consideran de mayor relevancia: de información, protección, consejo, fidelidad, secreto, que más adelante se tratarán.¹⁷ Y sin lugar a dudas, estos deberes secundarios de conducta representan en las relaciones contractuales un gran papel de cooperación y búsqueda del bien común, que se encuentran adheridos al contrato en virtud del principio de la buena fe contractual,¹⁸ sin importar si son o no expresados por cada una de las partes; esto considerando su finalidad, que no es más que la realización del interés común perseguido por las partes (Solarte Rodríguez, 2004, p. 304).

La doctrina europea, que sin lugar a dudas ha sido pionera en el tema, sostiene la importancia que tienen estos deberes en la etapa precontractual y poscontractual,¹⁹

toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su “consumación”. (Solarte Rodríguez, 2004, p. 304).

17. En la actualidad, los deberes secundarios de conducta se presentan como fuentes de verdaderas obligaciones estrechamente relacionados con principios tales como la buena fe y la igualdad contractual (Caballero Monsalve, 2008, pp. 32-33).

18. “La buena fe, como el principio de solidaridad, se especifica en un fundamento o código de conducta; este canon de la buena fe se refiere principalmente a la formación e interpretación del contrato, que impone una lealtad de comportamiento” (Caballero Monsalve, 2008, p. 64).

19. En la etapa precontractual los deberes secundarios de conducta son de gran importancia para emitir la declaración de voluntad, y en la etapa poscontractual para permitir una adecuada, oportuna y satisfactoria ejecución de los deberes de prestación (Solarte Rodríguez, 2004, p. 308).

De tal manera, en caso de violación de estos deberes surge la responsabilidad que para algunos se sitúa en la responsabilidad civil extracontractual y para otros en la responsabilidad civil contractual.²⁰

Dicho lo anterior se puede hacer una enunciación breve de cada uno de los derechos secundarios de conducta, no sin antes precisar la importancia y gran nexo existente entre estos derechos y la doctrina del solidarismo contractual. ¿Por qué? Recuérdese que en el solidarismo contractual las partes respetan el interés legítimo de su contratante, de manera que se buscan las soluciones más eficaces a los problemas contractuales que puedan llegar

a surgir entre ellas, cediendo a sus intereses individuales y egoístas para darle lugar al ejercicio de derechos que respeten siempre la satisfacción de las mutuas aspiraciones.²¹

El primero de ellos, el *deber de información*, implica que si alguna de las partes tiene conocimiento alguno de una ciencia, oficio o sobre el mercado, y la otra carece de estos conocimientos, debe aquel suministrarle información para que este disponga de elementos suficientes que le permitan tomar buenas decisiones.²² En Colombia, el derecho a ser informado ha sido elevado a rango constitucional, de allí su importancia en la ejecución de los contratos (arts. 20 y 78 de la Constitución Política).²³

20. Solarte Rodríguez (2004), en el artículo “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, expone de manera sucinta el régimen de responsabilidad aplicable en caso de incumplimiento y violación de los deberes secundarios de conducta. En primer lugar rescata el caso de la jurisprudencia nacional, en donde el régimen aplicable es el de la responsabilidad extracontractual, al tener en cuenta que las partes antes de celebrar el contrato no se encuentran sometidas a ninguna regla jurídica que las obligue a cumplir determinados preceptos. Y en segundo lugar posiciones diferentes que sostienen que el régimen aplicable debe ser el de la responsabilidad contractual, por cuanto al celebrarse un contrato surge de inmediato el deber de cada una de las partes de actuar de buena fe y ceñirse a los preceptos que regulan las relaciones contractuales (p. 311).

21. Caballero Monsalve (2008), citando a Messineo (*Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXI, Giuffrè Editore, 1968, p. 361): “cada una de las partes deberá ejercer sus derechos respetando siempre satisfacer las mutuas aspiraciones, y siempre en armonía de los intereses de las partes, lo cual exige una reciprocidad y lealtad en la conducta de las partes” (p. 65).

22. El deber de información se convierte entonces en un elemento clave a la hora de contratar y cumplir con cada una de las obligaciones que trae consigo el contrato. Y es casi que un deber de solidaridad y cooperación el que los conocimientos sean compartidos con el objetivo de consolidar un ambiente de seguridad y tranquilidad en medio del negocio (Solarte Rodríguez, 2004, p. 307).

23. “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, *la de informar y recibir información veraz e imparcial*, y la de fundar medios masivos de comunicación. [Cursivas añadidas].

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la *información que debe suministrarse al público en su comercialización*. [Cursivas añadidas].

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representadas y observar procedimientos democráticos internos.”

En el caso del *deber de protección*, su objetivo principal será evitar que los intereses personales o patrimoniales de la otra parte sean lesionados o se vean gravemente afectados; es pues una medida de seguridad frente a los peligros derivados del contrato celebrado entre las partes.

En cuanto al *deber de consejo*, debe decirse que guarda una estrecha relación con el deber de información arriba mencionado. Recae sobre aquel que posee los conocimientos, suponiendo entonces una valoración objetiva de la información que se encuentra a su alcance para que, en últimas, termine por analizar minuciosamente las ventajas y desventajas que puedan existir, y con ello advertir o en todo caso disuadir a la otra parte de tomar o no una decisión (Solarte Rodríguez, 2004 p. 309).

Y por último, el *deber de fidelidad, de reserva o secreto*, que preceptúa completa reserva de la información que hace parte del negocio jurídico, siendo prohibida su divulgación, publicación o utilización por otras personas ajenas al negocio (Solarte Rodríguez, p. 310), elevado también a rango constitucional en el art. 74 inc. 2.²⁴

II. EL MÉTODO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL CONTRATO

Las constantes disertaciones sobre si el derecho y la economía dependen el uno de la otra,

o si esta condiciona las decisiones tomadas desde el primero, o si en cambio el primero determina el rumbo de la segunda, han dado lugar en cierta medida a la propuesta de incorporar el análisis económico al estudio del derecho, por cuanto de una u otra manera permitiría comprender mejor las expectativas de los sujetos económicos con respecto al derecho y el comportamiento de los encargados de elaborar las normas (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 15).

Por lo tanto, el análisis económico del derecho busca verificar que realmente las normas pueden llegar a condicionar en gran medida el comportamiento de los individuos y contribuir a fundamentar la racionalidad, en ciertos casos contingente, de los agentes (Morales de Setién Ravina, 2011 p. 41). Una racionalidad que busca maximizar el interés propio, el bienestar, la utilidad o preferencias, que termina finalmente en una asignación de recursos,²⁵ sea esta justa o injusta y en términos económicos eficiente o no. Es por ello que el análisis económico hace fuertes críticas a la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como incentivos que inciden en la conducta de los individuos (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 44). Al respecto se hizo mención cuando se habló de la racionalidad, y se dijo que los agentes tomaban sus decisiones en función de los resultados de-

24. "Artículo 74 inc. 2. El secreto profesional es inviolable."

25. Sobre este punto, Posner, Cooter y Ulen, grandes exponentes del análisis económico del derecho, coincidieron en que el análisis del derecho permitía predecir los efectos que las normas jurídicas podían llegar a tener en el comportamiento de los individuos racionales (Papayannis, s.f., p. 1).

seables, teniendo en cuenta una determinada utilidad esperada (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 45).

Es de saberse que en materia económica el interés privado se rige por la autonomía de la voluntad, en donde la solidaridad se podría decir es casi nula. En este caso, en que se propone una mayor incidencia del solidarismo contractual en las decisiones que se tomen en la ejecución de los contratos, el análisis del derecho será el instrumento clave de la autonomía de la voluntad,²⁶ cuyo objetivo principal será la elección de las mejores decisiones, y con ello una mayor cooperación entre las partes para lograr así mayores niveles de utilidad y eficiencia, como consecuencia de la racionalidad de los agentes, anteriormente mencionada. Para ello, el análisis económico del derecho se sirve de tres presupuestos básicos o principales, sobre los cuales fundamenta la mayoría de sus aportes y críticas: “(i) la racionalidad del comportamiento de los individuos, (ii) la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y

(iii) las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios²⁷ que inciden en la conducta de los individuos” (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 44).

A. Eficiencia y los costos de transacción, una posición desde el teorema de Coase

Sin lugar a dudas, la eficiencia es uno de los elementos clave del análisis económico del derecho en la medida que, como se ha dejado en claro en líneas anteriores, los agentes toman decisiones esperando obtener el máximo de beneficio y utilidad motivados por su racionalidad, que entre otras cosas se traduce en el grado de eficiencia de estas. Teniendo esto claro, podrá dilucidarse de una mejor manera el papel de la eficiencia en el campo de los contratos y más específicamente en lo atinente al solidarismo contractual. Para ello se tendrá en cuenta la posición de Ronald Coase,²⁸ expuesta en el “teorema de Coase”,²⁹ que se centrará en los llamados costos de transacción.³⁰

26. Ver Castañeda Agredo y Corredor Monterrosa (2011).

27. Para Papayannis (s.f.) “la utilidad de los modelos económicos para estudiar el derecho solo puede acreditarse si el modo en que las normas operan en el razonamiento práctico es indistinguible del modo en que operan los precios”, lo que quiere decir, en otras palabras, que el derecho no pasa de ser un sistema de regulación jurídico para convertirse en un sistema de precios, tan solo por analizarse desde un plano económico y por lo tanto de eficiencia (pp. 7-8).

28. El Premio Sveriges Riksbank en Ciencias Económicas, en Memoria de Alfred Nobel, de 1991, fue otorgado a Ronald H. Coase «por su descubrimiento y clarificación del significado de los costos de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía». Texto original: “The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991 was awarded to Ronald H. Coase *for his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy.*» (MLA Stile, 2014).

29. Coase inicia su reflexión a partir de la siguiente idea: “En ausencia de costos de transacción el derecho es irrelevante para la obtención de asignaciones eficientes de recursos” (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 50).

30. La posición adoptada por Coase es precisa para entender de qué manera el solidarismo contractual resulta en algunas ocasiones más eficiente que el individualismo contractual teniendo en cuenta los costos de transacción.

Antes de plantear lo expuesto por Coase es necesario hacer una precisión en cuanto al concepto de los costos de transacción. Son definidos como cualquier costo que hace referencia al establecimiento, al mantenimiento o a la conservación de un derecho con valor económico (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 51). De aquí que los haya de varios tipos: por un lado, los costos de la *intervención del derecho*, que hacen referencia a todo tipo de documento que implique la celebración del negocio jurídico;³¹ por otro lado, los costos *inevitables*, que surgen del uso del tiempo que cada una de las partes dedica para llegar a un acuerdo: y por último, los costos *derivados*, que aseguran que cada una de las partes cumpla con lo pactado (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 52).

Hecha tal precisión se procede a exponer lo planteado por Coase, cuya idea central desde un principio fue que “el derecho está lleno de normas ineficaces” (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 51). Parte pues de esta idea para fundamentar su teorema, pero como se verá, no subestimó el valor del derecho dentro de las relaciones sociales, en la medida que aceptó la relevancia del derecho a la hora de encontrar soluciones eficaces. Es así como la primera parte del teorema supone una situación en

donde las partes intervinientes en un acuerdo llegan a soluciones eficaces sin tener en cuenta, por un lado, las asignaciones iniciales de derechos por parte del sistema jurídico en el que se mueven las relaciones contractuales y, por otro, los costos de transacción, que según Coase en esta situación son nulos o inexistentes.³² Esto, desde un plano económico, presupone altos niveles de eficacia entre las partes, al ser estas quienes, motivadas por su voluntad y su racionalidad, encuentran salidas a los problemas y trabas contractuales. Y desde el plano del solidarismo contractual puede observarse que al ignorar los derechos asignados por el sistema jurídico, cada una de las partes igualan³³ sus situaciones cerrándole el paso al egoísmo, siendo aún más sencillo tomar decisiones de mutuo beneficio.

La segunda parte del teorema, a diferencia de la anterior, supone la existencia de los costos de transacción y por consiguiente los derechos asignados inicialmente por el sistema jurídico a cada una de las partes. Al tener en cuenta esos dos factores, dice Coase, es posible que en cualquier momento los costos de transacción puedan amenazar con impedir la celebración de un negocio cuya redistribución de derechos sea vista como eficiente, razón por la cual el sistema

31. Esto es, minutas de abogados, pago de licencias, documentos públicos notariales, registros, etc. (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 52).

32. Para Coase, al ser nulos los costos de transacción en ese tipo de situaciones, la racionalidad de los agentes para negociar se fortalece, y por eso mismo dan con resultados realmente satisfactorios y eficaces (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 52).

33. Caballero Monsalve (2008), citando a Fontaine (*Rapport de synthèse. En la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons Franco-Belges*, 1996), escribe lo siguiente respecto al objeto del principio de igualdad contractual: “Sancionar la inigualdad o reestablecer la igualdad entre las partes en la formación en la ejecución del contrato concluido, a fin que la parte en situación de inferioridad —técnica, económica...— pueda contratar y ejecutar en conocimiento de causa y que la otra no pueda abusar de su posición dominante o de fuerza” (p. 67).

jurídico podría intervenir en la asignación de derechos, conduciendo dicha situación a resultados eficientes (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 53). Lo anterior significa que en una situación tal, el derecho tendría el deber de facilitar los acuerdos entre las partes, empleando medidas tales como la disminución de los costos de transacción.³⁴ Pero los agentes juegan también un papel importante en este tipo de decisiones, al ser ellos quienes ostentan la voluntad y el interés de sus relaciones contractuales, puesto que pueden dentro de su capacidad racional decidir si el beneficio que se deriva de prevenir el daño es mayor que la pérdida que tendrían si no hacen nada para prevenirlo.³⁵ Es así como en un solidarismo contractual las partes decidirían en función del máximo beneficio, teniendo en cuenta los posibles resultados que se obtendrían si se asumieran los riesgos y no se evitaran los daños que surgieran dentro de un contrato.

B. Racionalidad

En un inicio se hizo mención al tema de la racionalidad de los sujetos, aduciendo que se es racional en la medida que se logran resulta-

dos eficientes. Es la eficiencia, y por supuesto la maximización del bienestar, el que va a determinar el grado de racionalidad del sujeto, tal cual lo concibe el análisis económico del derecho. El sujeto es, entonces, un “agente racional maximizador de su bienestar, en un contexto caracterizado por la escasez de recursos” (González Amuchástegui, 1994, p. 932). Tanto en un ambiente económico como en un ambiente jurídico, vale la pena aclarar, el individuo se comporta como agente maximizador de su bienestar, razón por la cual su comportamiento jurídico estará determinado ya no solo por razones morales o prudenciales, sino también por los incentivos normativos. Recuérdese que a lo largo de este documento se ha hecho referencia a las normas como incentivos traducibles en precios, normas que condicionan al sujeto y lo llevan a tomar ciertas decisiones en función del riesgo-beneficio. Esto quiere decir que a cualquier cambio en el sistema normativo le sigue automáticamente un cambio en el comportamiento de los sujetos.³⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, hay quienes formulan dos clases de racionalidad desde el análisis económico del derecho. Albert Calsa-

34. En Colombia, los altos costos de transacción (numerosos trámites, situación comúnmente llamada “tramitomanía”) tienden a dificultar las relaciones contractuales en cuanto a su configuración, ejecución y terminación, razón por la cual el 10 de enero de 2012 el gobierno expidió el Decreto-Ley 19 de 2012, por medio del cual se dictaron normas dirigidas a suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites realmente innecesarios dentro de la Administración Pública, cuyo fin es garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos (*¿Cuáles son los trámites, 2012; Decreto-Ley 19 de 2012*).

35. Según Coase, la reasignación de derechos está determinada por los costos, razón por la cual las decisiones se toman en función de problemas de carácter económico y la manera en que se asignan los recursos (Morales de Setién Ravina, 2011, p. 54).

36. González Amuchástegui (1994) lo expone de la siguiente manera: “En tanto en cuanto las normas jurídicas supongan variaciones del entorno, los individuos variarán su comportamiento, obedeciendo o desobedeciendo las normas en función de lo que requiera la maximización de su bienestar” (p. 932).

miglia³⁷ distinguió así entre la racionalidad paramétrica y la racionalidad estratégica, con el propósito de poder analizar el comportamiento de los sujetos frente a las normas jurídicas y, por ende, ante el derecho.³⁸ En cuanto al primer tipo de racionalidad, su campo de acción serán todas aquellas situaciones en donde las preferencias del individuo son las únicas variables, en la medida que el sujeto no tendrá en cuenta las preferencias de los demás, a diferencia del segundo³⁹ tipo de racionalidad, que opera en situaciones donde las elecciones de los agentes y, por lo tanto, las decisiones que tomen, estarán condicionadas y dependerán en gran medida de las elecciones de los demás y la conducta que se espera de ellos (González Amuchástegui, 1994, p. 932). Pues bien, como se puede observar, la racionalidad estratégica aplica para la doctrina del solidarismo contractual, pues como se ha dejado claro a lo largo de este escrito, los individuos tienen en cuenta los intereses del otro para tomar decisiones y buscar de esta manera las soluciones más eficaces en cuanto al nivel de beneficio para cada uno de ellos. Se dirá entonces que los sujetos serán racionales estratégicos cuando logren conciliar sus interés individuales con los intereses comunes y con ello alcanzar altos

niveles de bienestar, utilidad y eficiencia mucho mayores que los esperados en un inicio.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo anterior se concluye que desde un análisis económico del derecho, resulta más eficiente servirse del solidarismo contractual como medio para maximizar las utilidades de cada una de las partes, conciliando necesariamente intereses individuales, que un individualismo contractual clásico que permea la gran mayoría de las relaciones contractuales. Es el sujeto quien tiene la plena capacidad de decidir en función de su máximo beneficio, teniendo en cuenta el valor esperado o utilidad esperada del otro sujeto. De esta manera, se actuará bajo el principio de la buena fe al no existir entre las partes un plano de desigualdad, y se actuará también bajo la racionalidad de cada uno de los sujetos.

Así mismo, será la eficiencia, y por supuesto la maximización del bienestar, lo que va a determinar el grado de racionalidad del sujeto, tal cual lo concibe el análisis económico del derecho.

37. Albert Calsamiglia nació el 12 de febrero de 1949 en Barcelona y murió el 21 de julio de 2000 en la misma ciudad. Redactó varios escritos sobre la importancia del análisis económico, resaltando el papel de la eficiencia como criterio de juicio de la adecuación de las políticas legislativas y la política jurídica en general.

38. Calsamiglia distingue entre la racionalidad paramétrica y la racionalidad estratégica en el artículo "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación", *Documentación administrativa*, 218-219, abril-septiembre 1989, págs. 113-151, citado por González Amuchástegui (1994).

39. La racionalidad estratégica para Calsamiglia fue de gran importancia en la toma de decisiones sociales y jurídicas, teniendo en cuenta que a la hora de elaborar las leyes el legislador prevé todo tipo de reacción por parte de los agentes, para lograr un encuadramiento jurídico satisfactorio.

Por otro lado, los contratos celebrados por las partes no pueden obviar el contexto en el que este debe desarrollarse, pues deben considerar todas y cada una de las posibles situaciones que el mismo mercado les presente antes, durante y después de la celebración del negocio jurídico. Razón por la cual deberán ser capaces de adaptar sus intereses individuales a los intereses de la otra parte, para así maximizar sus beneficios y no ver trabada su relación contractual por los riesgos y daños que se puedan presentar.

Al haber sido este un escrito en donde se plasmó lo más relevante de la doctrina del solidarismo contractual y del análisis económico del derecho, vale la pena, de manera posterior, profundizar en aspectos de la jurisprudencia nacional para observar de qué manera está siendo adoptada esta doctrina, y si su aplicación resulta ser más eficiente en términos contractuales y del mercado.

Referencias

1. Bernal Fandiño, M. (julio-diciembre 2007). El solidarismo contractual-especial referencia al derecho francés. *Vniversitas*, (114), 15-30.
2. Caballero Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho*, (30), 30-74.
3. Castañeda Agredo, J. y Corredor Monterrosa, A. (2011). *Teoría general del contrato-solidarismo contractual* (Tesis meritosa). Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Bogotá.
4. ¿Cuáles son los trámites que ya no tendrán que hacerse en Colombia? (1 de octubre de 2012). Recuperado el 18 de octubre de 2013 de semana: <http://www.semana.com/politica/articulo/cuales-tramites-no-tendran-hacerse-colombia/251716-3>
5. Decreto-Ley 19 de 2012. [Presidente de la República]. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012. DO N° 48.308. Recuperado el 18 de octubre de 2013 de secretariassenado: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2012/decreto_0019_2012.html#TITULO I
6. González Amuchástegui, J. (1994). El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (15-16), 929-943.
7. Mantilla Espinosa, F. (Julio de 2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16), 187-241.

8. Márquez Escobar, P. (2004). *Derecho y economía: relaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
9. Mazeaud, D. (2004). Solidarisme contractuel et réalisation du contrat. In L. Grynbaum et M. Nicod (Dirs.), *Le solidarisme contractuel* (pp. 58-89). Paris, Ed. Économica.
10. MLA style. (2014). The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991. Recuperado de *Nobelprize.org*: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/
11. Morales de Setién Ravina, C. (2011). *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Pensar.
12. Moreso, J. (2000). In memoriam: Albert Cal-samiglia. *Derechos y Libertades*, 9, 15-31.
13. Ospina Fernández, G. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Capítulo I. Actos jurídicos unipersonales y convenciones. Bogotá: Editorial Temis.
14. Papayannis, D. M. (s. f.). *Teoría económica, explicación funcional y explicación conceptual del derecho*. Girona: Grupo de Filosofía del derecho de la Universidad de Girona.
15. Sériaux, A. (1998). *Droit des obligations*. Paris: PUF.
16. Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, (108), 282-315.
17. Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2011). *Derecho Civil* (Decimaséptima ed., t. I). Bogotá: Editorial Temis.
18. Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
19. Zimmerling, R. (1989). La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6), 49-76.