



EL CONTRATO EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

JULIÁN LÓPEZ AVELLA

Artículo de reflexión

DOI:<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.18>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

El contrato en el cielo de los conceptos jurídicos

Resumen

El trabajo que se presenta a continuación constituye otro de los muchos llamados a la interacción entre teoría y práctica, en esta ocasión, en torno al derecho de los contratos. Se pretende demostrar cómo una de las críticas que Rudolph von Ihering realizó en su reconocido cuento *En el cielo de los conceptos jurídicos* aún está vigente. Se explicará cómo la conceptualización y la enseñanza del contrato en las aulas siguen desconociendo las necesidades de la vida práctica. El tráfico jurídico contemporáneo exige que se conceptualice y se enseñe más sobre el contrato de adhesión, pero la doctrina y la academia no lo hacen porque todavía se ocupan de desarrollar meticulosamente el concepto tradicional de contrato.

Palabras clave: teoría y práctica, contrato de adhesión, Ihering, el cielo de los conceptos jurídicos, tratados, jurisprudencia de conceptos, Savigny, conceptualismo.

The contract in Ihering's heaven of legal concepts

Abstract

The academic essay presented below is one of other many calls for interaction between theory and practice, this time, regarding the law of contract. It aims to demonstrate how one of the criticisms made by Rudolph von Ihering – on his recognized story “In the Heaven of Legal Concepts”— is already in force. In addition, it explains how the conceptualization of the contract and teaching in classrooms continue to ignore the needs of practical life. Contemporary legal transactions require conceptualizing and teaching more about the pre-formulated standard contract, but doctrine and academy do not do it because they still focus in the meticulous development of the traditional concept of contract.

Keywords: theory and practice, pre-formulated standard contract, Ihering, the heaven of legal concepts, treaties, case law concepts, Savigny, conceptualism.

O contrato no céu dos conceitos jurídicos

Resumo

O trabalho que se apresenta a seguir constitui outro dos muitos chamados à interação entre teoria e prática, nesta ocasião, em torno ao direito dos contratos. Pretende-se demonstrar como uma das críticas que Rudolph von Ihering realizou em seu reconhecido conto *En el cielo de los conceptos jurídicos* ainda está vigente. Será explicado como a conceptualização e o ensino do contrato nas aulas seguem desconhecendo as necessidades da vida prática. O tráfico jurídico contemporâneo exige que seja conceitualizado e se ensine mais sobre o contrato de adesão, mas a doutrina e a academia não o fazem porque ainda se ocupam de desenvolver meticulosamente o conceito tradicional de contrato.

Palavras-chave: teoria e prática, contrato de adesão, Ihering, el cielo de los conceptos jurídicos, tratados, jurisprudência de conceitos, Savigny, conceptualismo.

El contrato en el cielo de los conceptos jurídicos*

Julián López Avella**

El interés real del presente vale más que la investigación histórica del pasado, y si logró ser útil en el primero de esos campos, pueden quedar sin cosechar los frutos que podría haber recogido en el otro

Ihering

SUMARIO

Introducción – I. IHERING Y SU CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS – II. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE ADHESIÓN – III. VIGENCIA DE LA CRÍTICA DE IHERING ¿EL CONTRATO ESTÁ EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS? – IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE RECONSTRUCCIÓN DE LA DOGMÁTICA Y DE LA ENSEÑANZA DEL CONCEPTO DE CONTRATO – Referencias.

* Cómo citar este artículo: López Avella, J. (Diciembre, 2014). El contrato en el cielo de los conceptos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

** Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes, abogado de la misma universidad y contador público de la Universidad Nacional. Ha trabajado en departamentos legales y contables. Actualmente es asistente docente en la Universidad de los Andes. Correo: jd.lopez24@uniandes.edu.co

Introducción

Este escrito es una llamada más a la interacción entre teoría y práctica, específicamente en el derecho de los contratos. Esta interacción ha constituido una constante preocupación de los teóricos del derecho, entre ellos Rudolph von Ihering (1818-1892). Ihering fue un autor alemán que innovó en la doctrina jurídica de su época y siempre mantuvo sus posturas intelectuales sujetas a revisión. Algunos estudiosos de sus obras opinan que en su elaboración teórica se pueden distinguir dos épocas: en la primera se adhirió a la escuela histórica-sistemática de su maestro Savigny, en la segunda se apartó progresivamente de aquella, criticó la construcción jurídica fundada en la contemplación interna del sistema y prefirió dirigir su atención a la realidad social siempre contingente (Monereo, 2002). Esa ruptura obedeció a una reacción crítica ante lo que denominó la ‘jurisprudencia de conceptos’, lo cual plasmó en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio*, de la cual hace parte el reconocido cuento *En el cielo de los conceptos jurídicos*.

El trabajo que se presenta a continuación intentará demostrar la vigencia de ciertas críticas que Ihering realizó en *el Cielo de los conceptos jurídicos* a comienzos del siglo XIX, y su pertinencia a la hora de reprochar la doctrina y la enseñanza del concepto de ‘contrato’ en Colombia. Se enfatizará en la doctrina jurídica y en su enseñanza en las facultades, porque en ellas se encuentra un concepto de contrato que ignora la realidad social, que elabora y desarrolla metódicamente los principios de autonomía de la

voluntad, de libertad contractual y de igualdad, así como de condiciones que se derivan de esos principios como la consensualidad y la conmutatividad. Pero que a fin de cuentas ese concepto de contrato que se discute en el tratado y en los salones de clase choca con la práctica comercial, porque allí se encuentra otro tipo de contrato: el de adhesión. Este tipo de contrato es central en el tráfico jurídico y está ampliamente difundido; sin embargo, de él se puede afirmar que es un contrato que no aplica los principios y condiciones de los contratos que han sido desarrollados con gran detalle en la doctrina.

En contraste con lo que sucede en la doctrina y en las facultades, y forzadas por el cambio social, la ley y la jurisprudencia han tratado de regular y de insertar remedios en los contratos de adhesión; no obstante, ello no se discute ni en los tratados que se incluyen en la bibliografía de las clases, ni en las propias clases. En esa medida, hay una separación entre doctrina y práctica comercial, como también entre docencia y práctica del derecho, allí donde Ihering recomendaría una constante interacción.

Se desarrollará el planteamiento intentando sostener una conversación directa con el texto de Ihering, tratando de usar el lenguaje interno de su cuento, y aplicando su crítica de la jurisprudencia de conceptos a la construcción del concepto de contrato en Colombia. Para lograrlo, se realizan algunas notas de contextualización sobre *el Cielo de los conceptos jurídicos* (I), posteriormente se enuncian algunas consideraciones sobre el contrato de adhesión como práctica social reiterada y diferente a los contratos

tradicionales (II), los dos primeros puntos permitirán desarrollar el planteamiento central sobre la vigencia de la crítica de Ihering y por qué se considera que el concepto de contrato está en el cielo de los conceptos¹ (III), y finalmente se concluye con un llamado a la reconstrucción de dicho concepto (IV).

I. IHERING Y SU CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

Ihering hace uso de la sátira para recrear el *Cielo de los conceptos jurídicos* e ilustra burlescamente cómo sería la llegada del espíritu de un teórico romanista a ese lugar. En aquel cielo son recibidos los espíritus de los teóricos del derecho que aprueban un examen con el que muestran su idoneidad para trabajar los conceptos jurídicos sin impregnarlos de práctica. En aquel cielo se alegran porque “hoy ya no ocurre que tenga que aplicar el derecho en la práctica y ese divorcio entre la teoría y la práctica es una de las más grandes conquistas del presente. Solo con él, la ciencia ha ganado absoluta libertad de acción, indispensable para el descubrimiento de la verdad” (Ihering, 1933, p. 244). En ese cielo de la ciencia, libre de aire atmosférico, el espíritu de los más selectos juristas puede encontrarse cara a cara con la personificación de los conceptos jurídicos, discutir con ellos, y refinar su elaboración lógica a través de máquinas y herramientas que les brinda el lugar. En ese sentido, para

mostrar la vigencia de Ihering y discutir con él, a lo largo del ensayo se irán nombrando algunas herramientas o máquinas que se usan en aquel *cielo de los conceptos*, pues son instrumentos que parecen haber sido usados por nuestros doctrinantes locales durante la elaboración de sus tratados —los cuales posteriormente fundamentan las lecciones de los profesores—.

El protagonista del cuento es el espíritu de un profesor romanista que acaba de llegar al cielo. Allí pregunta por algunos teóricos que él presume pueden habitar en el lugar. Cuando le dan razón sobre Savigny —recordemos que era el maestro de von Ihering—, le dicen que con él tuvieron grandes dificultades, pero que finalmente entró porque su última obra sobre la posesión resultó decisiva para que aprobara el examen. Le comentan que con esta obra había demostrado poseer la capacidad de construir una institución jurídica aun prescindiendo en absoluto de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto (Ihering, 1933, p. 219).

Para los fines de este escrito no interesa el desenlace del cuento. Pero sí es importante anotar que Ihering utilizó su obra para acusar a su maestro Savigny de no haber sido coherente. Citó un escrito en el que Savigny deploró el creciente divorcio entre la teoría y la práctica, para luego, a renglón seguido, pasar a cuestionarlo: “¿quién más culpable que él de ese divorcio? Él, el representante de la teoría historicista, fue el primero en dar el ejemplo de pasar por alto la evolución histórica del derecho romano en nuestro ambiente vernáculo” (Ihering, 1933, p. 245).

¹ Esta idea fue brevemente enunciada en la cátedra de Derecho de los Mercados, de la maestría en Derecho, por parte del profesor Juan Francisco Ortega, a quien le agradezco por elaborar esa crítica y el llamado a hacer una revisión a la teoría general del contrato.

Después del final del cuento Ihering realizó un análisis y una propuesta. Allí señaló que, dejando de lado la broma, su ataque contra la jurisprudencia de conceptos iba muy en serio. Que usó la broma y la sátira porque las consideró armas eficaces para exponer sus ideas en contra de aquella “escolástica” que imperaba en la ciencia romanística de su época, y consideró que no podía haber sido escrita de otro modo si se quería causar el efecto deseado en la reformulación de la teoría y la jurisprudencia de conceptos. Admite que él mismo hizo parte de esa escuela cuando era más joven, pero que con el pasar del tiempo se convenció de que ese método no era el más conveniente. Con base en ese panorama planteó una serie de remedios, los cuales básicamente se centraban en la academia: que el teórico cumpla con el periodo legal de práctica preparatoria; que se dé a la enseñanza universitaria del derecho una estructura que responda a la finalidad última, que es la práctica; y que se reforme el sistema de exámenes.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE ADHESIÓN

Para entender la vigencia de la crítica iheringiana se empezará por enunciar un par de consideraciones. En ellas se advertirá cómo ha cambiado el contrato en la vida práctica, porque el contrato de adhesión es una práctica reiterada, y porque el concepto de contrato de adhesión no se puede explicar desde el concepto tradicional y profundamente desarrollado.

Respecto al cambio en la forma de contratar, es relevante entender que durante la segunda mi-

tad del siglo XX el tráfico comercial se transformó y con él la relación contractual varió. Uno de esos cambios fue la estandarización de los contratos, que trajo consigo las minutas contractuales preimpresas por las grandes empresas; con ello, la parte que acepta el contrato solo interviene para manifestar su adhesión y no hay lugar para la discusión sobre las cláusulas, como se diría coloquialmente: “lo toma o lo deja”.

Celebrar contratos de adhesión ahora es una práctica reiterada, y es una cuestión que no va a cambiar dado que es una necesidad práctica. Desde hace ya treinta años el profesor y magistrado Manuel José Cepeda indicaba que no era exagerado afirmar que casi todos los contratos del hombre corriente son contratos de adhesión (1985, p. 8). Él concluía que la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente, que dispone de recursos para negociar, son estándar. Por ejemplo, los que realiza para tomar un bien en arrendamiento, donde vive o donde pasará sus vacaciones; para transportarse por los diferentes medios; gran parte de los de compraventa, por ejemplo, cuando se compra un carro; para abrir una cuenta corriente o de ahorros; para obtener un seguro de vida o cualquier otro; para ver una película o para parquear un carro; para cubrir necesidades de seguridad y otros servicios; etcétera.

Las antiguas categorías contractuales del sistema clásico siguen vigentes en la teoría y en la academia, y en ellas se han logrado encuadrar las nuevas relaciones que ha impuesto la vida social (Vallespinos, 1984, p. 8). Este es un tipo de estandarización y uniformización del conte-

nido contractual que ha aprovechado la parte contratante más fuerte, que es la que redacta el contrato, y esa situación además se ve agravada por la presencia de ofertas monopólicas y oligopólicas de bienes y servicios necesarios para el diario vivir.

El concepto de contrato de adhesión no se puede explicar desde el concepto tradicional que manejan nuestros tratadistas y que se enseña en las universidades. En una publicación del año 1983, el profesor Todd Rakoff, de la Universidad de Harvard, llamó la atención sobre la necesidad de la reconstrucción de la teoría del contrato, basado en el reconocimiento público de que los contratos de adhesión representan una práctica social diferente a los contratos “corrientes” (2006, p. 131). Aunque no es posible desarrollar a fondo los argumentos del profesor Rakoff para concluir esa diferencia —ni tampoco vincular su completo recuento sobre las respuestas insuficientes que ha dado la teoría norteamericana ante esos argumentos—, a continuación se enunciarán las razones más evidentes de dicha diferencia. Se usará como pretexto para empezar esa discusión un aparte del cuento de Ihering que ilustra la dificultad de construir el concepto de contrato.

En *el cielo de los conceptos* el espíritu del profesor romanista recién llegado se encuentra con otro espíritu de teórico que está manejando el *aparato de construcciones*. Con él entabla la siguiente conversación:

Venerable espíritu, permíteme que te pregunte:
¿de qué te ocupas en este momento?

— Estoy construyendo el contrato.

— ¿El contrato? Pero si es lo más sencillo del mundo. ¿Qué queda por construir en él?

Mucho, precisamente por ser tan sencillo. Parece ser un novato, porque de lo contrario ya habrías aprendido esa verdad. Justamente las cosas más sencillas son los objetos más interesantes y mejor aprovechables para el arte de la construcción. Cualquiera puede comprender lo que es sencillo pero la comprensión resultante refleja también su simplicidad. El entendido sabe que los fenómenos jurídicos más sencillos encierran la dificultad más grande, y en lo que respecta al contrato, que a ti te parece tan sencillo, no sé siquiera si tendré éxito en mi intento de construirlo. Poco me falta para declarar que el contrato es una imposibilidad desde el punto de vista lógico (Ihering, 1933, p. 223).

El ánimo que se encontraba usando el aparato de construcciones tiene razón en sus afirmaciones. Al partir del sencillo concepto de ‘contrato’ —que nos enseñan a memorizar como el acuerdo de voluntades encaminado a producir obligaciones— se pueden desarrollar construcciones teóricas que abarcan tomos enteros, explicando su teoría general, sus principios, elementos y clasificaciones.

Es precisamente allí, en esas minuciosas construcciones de la teoría general del contrato en las que se plasman capítulos enteros definiendo principios como el de autonomía de la voluntad, libertad contractual e igualdad, así como de condiciones que se derivan de esos principios como la consensualidad y la conmutatividad. La autonomía de la voluntad y el consentimiento

son presupuestos necesarios para obligar en materia de contratos, pues este se funda en el concierto de voluntades. La igualdad, la bilateralidad y la conmutatividad, por su parte, aunque no son rasgos necesarios de los contratos deberían ser la regla general, ya que la bilateralidad significa que las partes contratantes se obligan recíprocamente (Código Civil, art. 1496), y la conmutatividad que las obligaciones recíprocas se tienen como equivalentes (Código Civil, art. 1498). Ahora bien, es muy discutible que estos principios y elementos sean rasgos presentes en el contrato de adhesión.

En cuanto a la autonomía de la voluntad y la consensualidad, si alguien con conocimientos básicos de obligaciones se adentra en el estudio de aquella letra menuda de ciertos contratos masa o de adhesión, especialmente los bancarios, los de seguros, o los de telefonía móvil, encuentra que ni las cargas son tan equivalentes ni el consumidor está brindando un consentimiento del todo válido. Y puede ser posible que esa persona con esos conocimientos, no entienda ciertas cláusulas laberínticas dispuestas en dichos contratos.

La asimetría de la información, especialmente en los contratos financieros, es tan grande que los consumidores e inversionistas realmente toman decisiones con un consentimiento viciado por un error de hecho, que recae sobre la especie del acto jurídico y sus obligaciones, así como sobre el objeto del contrato y su calidad (Código Civil, arts. 1508 y ss.). Es por esto que se suscitan situaciones como las del reciente escándalo de Interbolsa, en el que realmente los inversionistas no sabían lo que estaban comprando,

los intermediarios financieros tampoco conocían bien lo que estaban vendiendo y quienes sí sabían qué estaban haciendo lo hacían con dolo.² Asimismo, se presentan casos tan cotidianos como el de la persona que abre una cuenta de ahorros y después de un tiempo la encuentra en saldo cero, simplemente porque no conocía que la tasa de captación que le paga el banco no alcanza ni para pagar la cuota de manejo de la cuenta.

Aún más discutible es hablar de autonomía en contratos de adhesión que son obligatorios, como los seguros de tránsito; o en los que solo hay un oferente de un bien necesario, como en los servicios públicos. De esta manera, los contratos de adhesión funcionan bajo una noción de autonomía de la voluntad muy débil o inexistente. En esos casos el contratar es, en realidad, acceder a colocarse en una situación que producirá efectos jurídicos. Esos efectos no son producto de un genuino acuerdo o de una voluntad autónoma, sino de una voluntad heterónoma que se funda en la ley o en la voluntad del contratante más poderoso. Aquella etapa precontractual, de la que tanto se discute en la doctrina, en la que los contratantes tenían la oportunidad de discutir las condiciones, queda superada y se reemplaza por las minutas que el contratista ha preparado.

En cuanto a la igualdad, la bilateralidad y la conmutatividad, cabe preguntarse si tiene sentido

2 La revista *Semana* realizó una gran labor investigativa y de síntesis que publicó bajo el título La verdad sobre la comisionista InterBolsa. Recuperado el 02/10/13 de: <http://m.semana.com/nacion/articulo/la-verdad-sobre-comisionista-interbolsa/267355-3>

hablar de estos principios cuando se aplican en una contratación a condiciones estandarizadas, que se entienden de por sí desequilibradas. Por un lado, las compañías proveedoras de servicios que se contratan por adhesión se libran de toda responsabilidad y riesgo que les permite la ley, por lo que sería complicado afirmar que las cargas se observan como equivalentes. En consecuencia, el elemento de bilateralidad y conmutatividad ya no es la regla general en ese tipo de contratación en masa (en parte eso ha hecho necesario la creación y el fortalecimiento del derecho del consumidor). El abogado de esas compañías redacta contratos para proteger a su cliente de cualquier contingencia imaginable. Esa estandarización ayuda a ahorrar dinero a las empresas, y las lleva a estabilizar o controlar las relaciones en el mercado, lo cual explica adecuadamente por qué las formas estandarizadas con frecuencia tienen términos complejos que no son favorables para la parte adherente (Rakoff, 2006, p. 37).

Ejemplos hay infinitos si se observan productos financieros como las tarjetas de crédito o los créditos hipotecarios. El punto es que la realidad del tráfico jurídico contemporáneo ha cambiado mucho en la práctica la forma de hacer contratos. Un ciudadano promedio ha celebrado por lo menos uno de los contratos mencionados, y lo preocupante es que eso no se ha visto reflejado en las grandes obras de los doctrinantes de la teoría general del contrato, y menos en la academia. El siguiente acápite desarrollará esta idea.

III. VIGENCIA DE LA CRÍTICA DE IHERING ¿EL CONTRATO ESTÁ EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS?

En *el cielo de los conceptos* hay un personaje denominado *psicóforo*, que guía a las almas y exhibe el cielo a los espíritus recién llegados. Este reprende al espíritu novato protagonista cada vez que se le ocurren preguntas impertinentes relacionadas con las palabras ‘vida’ y ‘práctica’; como cuando pregunta ¿qué se haría en la vida práctica sin los contratos? (Ihering, 1933, p. 224).

En contravía de lo que piensa el psicóforo, las preguntas sobre la práctica son realmente valiosas. Precisamente, el análisis que se realiza en el presente trabajo no ataca a los contratos ni a la construcción de conceptos por su falta de utilidad para la vida, pues eso sería vano. Lo que se intenta señalar es que la construcción doctrinal del concepto de contrato ha ignorado tanto la práctica y el tráfico jurídico, que sus construcciones, lógicas y meticulosamente trabajadas, resultan ingenuas por ignorar las reglas generales de la cotidianidad, y en ese sentido esas construcciones se tornan inocuas.

En torno a la doctrina, luego de una revisión de algunos tratados sobre derecho de los contratos, y en especial de los que normalmente se utilizan en la cátedra de esa materia —*Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, de Guillermo Ospina Fernández; *Los principales contratos civiles y comerciales*, de José Alejandro Bonivento Fernández; y *De los principales*

contratos civiles, de César Gómez Estrada— se encontró que no trataban el tema de los contratos de adhesión. El único que lo formula y le dedica tres párrafos de su obra de 600 páginas es Guillermo Ospina, y él tal vez lo hace para que no quede incompleto su capítulo “clasificación de los actos jurídicos y de los contratos”.

Es como si nuestros doctrinantes usaran la *máquina partidora de pelos del cielo de los conceptos*. Con ella, comenta el *psicóforo*, “es verdaderamente increíble cómo el ojo se va perfeccionando y cómo crece con la práctica el virtuosismo en el arte de partir pelos (...) partir pelos se ha convertido aquí en un pasatiempo inacabable” (Ihering, 1933, p. 221). Si bien en Colombia no hay construcciones teóricas que se alejen totalmente de la norma y que, por el contrario, “en Latinoamérica, es excepcional encontrar un tratado que alcance los niveles de excelencia de la dogmática conceptualista alemana que los origina y justifica, [pues] la mayoría de estos textos son realmente glosas a los códigos” (Bonilla, 2013, p. 278). Es justamente en esas glosas donde se evidencia el arte de partir pelos, y donde se presentan discusiones a las interpretaciones de interpretaciones de las normas de contratos. Una norma de dos renglones contenitiva de un solo concepto puede convertirse fácilmente en un libro. Puede que un concepto que esté en la arena del debate teórico realmente no sea usado o no se aplique en la práctica, igual los doctrinantes redactarán con una meticulosidad excesiva hojas y hojas sobre el mismo.

Los tratados revisados dedican un largo capítulo a explicar y exaltar el principio de la au-

tonomía de la voluntad, sin proponer ningún matiz respecto del contrato más difundido en la actualidad. Ospina y Ospina dedican uno de los primeros capítulos de su libro a hablar de la autonomía de la voluntad. Después, en uno de los tres párrafos en que se ocupan del contrato de adhesión, muestran su aceptación ciega de ese contrato como uno de tipo consensual. Por lo tanto, dicen que no es de recibo reconocerle al juez la facultad de entrar “a decidir si tal o cual cláusula del contrato de adhesión ha sido verdaderamente aceptada por las partes o si su inserción en un reglamento compacto y misterioso constituye trampa contra una de ellas” (2005, p. 69).

Después de una búsqueda en los libros que recomiendan en la cátedra de contratos, se trató de revisar otros autores reconocidos en la materia. Se encontró que uno de ellos sí estudiaba el tema del contrato de adhesión: el magistrado, doctrinante y profesor Jaime Arrubla Paucar. Con él uno puede entender el por qué los otros doctrinantes no incluían dicho contrato en sus obras —y por qué él únicamente lo incluye hasta el tomo tres de su amplia obra—. Resulta que el contrato de adhesión es un contrato ‘atípico’ que, en el sentido jurídico del término, significa que no está regulado en la ley. Es decir, surge otro concepto jurídico totalmente alejado de la práctica, porque los contratos de adhesión de ‘atípicos’ no tienen nada (en el sentido común del término) y su uso en el mundo del comercio es generalizado.

Según Ospina y Ospina (2005), la doctrina jurídica colombiana funda su interpretación en la

escuela del liberalismo para entender y explicar el contrato. El liberalismo es fiel garante de la libertad económica, que predica la igualdad frente al contrato y enaltece la autonomía de la voluntad. Aunque esa influencia se utiliza en ciertos apartes que se prestan para ‘filosofar’, generalmente al inicio del tratado, las explicaciones de los conceptos siempre se brindan con total apego a las normas imperantes en materia de contratos, que datan del siglo XIX con su tendencia codificadora (normas que aún siguen vigentes). Es por ello que si bien ahora el contrato de adhesión está regulado en ciertas leyes,³ la doctrina lo sigue entendiendo como atípico porque no está contenido ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio.

Los doctrinantes coquetean con la idea de atender a las necesidades de la vida práctica, pero en últimas siguen simplemente en la contemplación de los conceptos que tradicionalmente se definen. Por ejemplo, Bonivento usa la consigna según la cual “las reglas deben adecuarse más a la conducta humana y a la estructura social existente”⁴ simplemente para demandar la unificación del Código Civil y el de Comercio (es decir, un cambio legislativo), pero no la usa para modificar sus propias obras en las que, si verdaderamente atienden a la conducta humana, debería haber un gran acápite explicando el contrato ‘atípico’ de adhesión.

3 La Ley 1328 de 2009 lo define, y la Ley 1480 de 2011 prohíbe ciertas cláusulas en esos contratos.

4 “La dinámica del derecho es una realidad en la sociedad moderna ... los conceptos, por tanto no pueden ser rígidos. Tampoco se puede restringir o limitar el campo de aplicación. Procúrese abarcar un ámbito mayor, acorde con las necesidades cambiantes del mundo moderno” (Bonivento, 2009, cubierta posterior).

No obstante todo lo anterior, sería falso afirmar que nuestros reconocidos teóricos pasarían su examen para entrar al cielo de los conceptos jurídicos, ya que aunque no “han hecho demasiadas concesiones a las necesidades de la vida práctica, a expensas de la teoría pura” (Ihering, 1933, p. 219), sus conceptos se ciñen a lo que establezca el legislador, ya sea para repetir lo que dispone o para criticarlo por su falta de tecnicidad. Es decir, no son conceptualistas puros. Estos tratadistas aunque abordan con meticulosidad el tópico del contrato, no se ocupan tanto de la vida práctica.

El tratado, típicamente, no es otra cosa que un código comentado. Es muy poco común que incluyan evaluaciones críticas serias de la legislación, reflexionen sobre la eficacia de las instituciones jurídicas, o analicen las consecuencias que las normas estudiadas tienen en la realidad social. Sin embargo, son una fuente poderosa de prestigio dentro de la comunidad jurídica (Bonilla, 2013, p. 278).

Por otro lado, en la academia a los contratos de adhesión se les dedica media clase, dentro de una introducción general a los tipos de contratos, pero después se olvidan y el resto del curso se profundiza en aquellos que son ‘típicos’. Eso debería reformularse y se debería enseñar, para fines prácticos, cómo detectar cláusulas leoninas, hasta qué punto el contrato masa puede incurrir en vicios de consentimiento y ser anulable, cómo hacer para restablecer la conmutatividad en esos contratos financieros, etcétera.

Los profesores de derecho de los contratos y de derecho comercial deberían tender puentes

entre teoría y práctica. Pero parece que lo que quieren es desarrollar en los estudiantes la protuberancia *mons idealis* descrita por Ihering en *el Cielo de los conceptos jurídicos*, la cual explica la distinción entre la composición del cerebro de un jurista teórico y el de uno práctico. Al desarrollar esa protuberancia *mons idealis* el teórico puede pensar idealmente, que no es pensar en abstracto, sino tener “la facultad de desligarse, en el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización práctica de los problemas” (Ihering, 1933, p. 232). De modo que los problemas concretos se los deja al práctico, y que vea este cómo se las arregla. Por consiguiente, que el práctico vea de qué manera puede argumentar la nulidad de una cláusula de un contrato de adhesión, porque la teoría general no está preparada para ayudarlo pues los conceptos de los principios generales no se hicieron para ese tipo de contratos. Así que pareciera que se enfrenta a un contrato atípico, que realmente no lo es, y que sin lugar a duda es el que se usa con más frecuencia en la actualidad.

Ahora se vinculará y se colocará en tela de juicio al *psicóforo* del cielo de los conceptos. Él recalca que “en el terreno de la jurisprudencia conceptual hay relaciones que hacen mofa de todo cambio de las cosas mundanas, y el tiempo no puede deteriorarlas” (Ihering, 1933, p. 249). Pero lo cierto es que el tiempo sí deteriora el concepto, y hasta los conceptos que en el cielo de los conceptos jurídicos se considerarían generales, justamente como el contrato, están sujetos a revisión si en la práctica solo se aplican en el imaginario de los juristas.

Ese *psicóforo* también se enfurecía cuando el concepto y su desarrollo “rigurosamente lógico” se impregnaban de consideraciones de orden práctico, de *utilitas*. Pues bien, todo lo contrario es lo que se debería hacer con el contrato y su teoría general. Este es un concepto simple, que por lo mismo se ha complejizado y ha sido susceptible de que se le den rasgos que ya no perduran, o que perduran solo en ciertas ocasiones y que hasta oculta relaciones de poder. La igualdad y la conmutatividad, por ejemplo, perduran y están muy vigentes siempre que un contratista con poder, como los contratistas del Estado, alegue el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y ahora ese es un lugar común en los contratos de obra pública. Pero muy diferente es la condición de un consumidor financiero, quien sabe muy bien que dar la lucha por la igualdad en las prestaciones del contrato es algo inútil.

Lo importante es que los teóricos se pregunten por la *ratio* de la teoría general del contrato y lo impregnen de *utilitas*, sin importar que otros teóricos los recriminen por su falta de pureza conceptual. Deberían oponerse totalmente a lo que en el cielo de los conceptos jurídicos establecía el *psicóforo*: “la *ratio* de la teoría de la posesión debe preocuparle tanto como la de todos los demás derechos, o sea nada” (Ihering, 1933, p. 241). En últimas, deberían revisar la teoría general del contrato atendiendo a la práctica y a una *ratio* de remedio ante el desequilibrio contractual.

Alguien podría objetar la tesis que maneja este ensayo, arguyendo que los doctrinantes contem-

poráneos usan bastantes ejemplos de casuística en sus trabajos. Ante eso se responde que el hecho de que esos teóricos en sus tratados se ocupen de ciertos casos abstractos, no significa que se detengan en la práctica. Ihering, por ejemplo, nos muestra cómo se puede resolver un caso de *cuasiposesión eterna y la extinción de su servidumbre* por el *non usus* solo apelando al concepto y haciendo cálculo de fechas. Es decir, no es necesario detenerse a pensar que ese caso, tal vez, ni siquiera se ha dado una sola vez en la práctica porque realmente nadie alega tener la *cuasiposesión*.

En contraste con todo lo anterior, es de advertir que hay ejemplos de teóricos que han revisado el concepto y se han dado cuenta que efectivamente la teoría general del contrato necesita remedios, precisamente en los puntos que se advirtieron anteriormente... aunque lastimosamente esos teóricos no son colombianos. El uruguayo Juan Benítez Caorsi en su obra *La revisión del Contrato* advierte que en lo que se refiere a las cláusulas abusivas de los contratos masa hay que procurar introducir remedios, pues la técnica de la redacción unilateral del contrato “es indispensable e insustituible en la vida económica moderna” (2010, prefacio), y asimismo trata de plantear la existencia de un equilibrio negocial mínimo entre las prestaciones en cualquiera de las etapas contractuales.

Igualmente, ante una posible objeción por anacronismo que se fundamentaría en que estos autores publican sus obras hacia los 80, de modo que no les sería exigible tener en cuenta esos cambios del tráfico jurídico contempo-

ráneo, se puede responder que desde hace aproximadamente cien años el jurista francés Saleilles ya había bautizado los ‘contratos de adhesión’, y la doctrina de otros países empezó a advertir rápidamente su diferencia anunciando hasta una “crisis del contrato”.⁵ Los tratados colombianos a los que hacemos referencia han tenido múltiples reediciones, pero en ellas sigue sin aparecer este contrato.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE RECONSTRUCCIÓN DE LA DOGMÁTICA Y DE LA ENSEÑANZA DEL CONCEPTO DE CONTRATO

La conclusión que se propone seguirá conversando con el cuento de Ihering. Estando en el *salón de los conceptos*, aquel que parece ser el espacio más importante del cielo que ilustra Ihering, los espíritus de los juristas teóricos se pueden encontrar cara a cara con la personificación de los conceptos. Ellos son como el teórico se los imagina, su estatura varía según su importancia, su actitud depende de la atención que se les preste, y no es frecuente que los conceptos generales conversen con los especiales —es decir, no es frecuente que el concepto general de contrato dialogue con el concepto especial de contrato de adhesión—. Ihering está queriendo significar que el concepto de contrato adquiere vida propia y es indiferente al mundo práctico. Es más, el autor se detiene a describir el concepto de contrato como uno general y alto

5 Sobre esta ‘crisis’ y sus explicaciones, puede consultarse el trabajo de Alterini y López (1989, p. 12), donde para ellos no hay crisis del contrato, pero sí de la autonomía de la voluntad.

por su gran importancia. Se puede pensar que, además de lo que dice Ihering, el contrato está empezándose a volver senil, como en ese cielo estaba la *capitis diminitio* y la *infamia*. Y no porque no se le rinda honores al discutir sobre él, sino porque está confundido, se olvidó de lo que era y está despojado de cierta vitalidad. Tal vez, el concepto tradicional de contrato debería ser enviado al *cementerio histórico jurídico* y debería ser reformulada su teoría general en los tratados y en las clases.

Después de salir del salón de los conceptos, el *psicóforo* lleva al recién llegado al *gabinete anátomo-patológico*, aquel lugar en el que habitan los conceptos que han sido deformados en la tierra, y que al ser personificados parecen ‘engendros’. Pues bien, allá es a donde debería ir el contrato y su teoría general, allá es a donde debe ser enviado cuando los juristas teóricos realicen el matiz que lo ‘deforme’ y lo impregnen de *utilitas*. Los juristas prácticos y los adherentes necesitan, sin importar que el concepto se vuelva feo, que su fin práctico atienda a la realidad y a la garantía de sus derechos.

No es tanto un cambio normativo, porque el cambio normativo se ha ido dando paulatinamente y hay normas como el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) que prohíbe algunas cláusulas en este tipo de contratos, y el Régimen de Protección al Consumidor Financiero (Ley 1328 de 2009) que ha empezado a regular el contrato de adhesión, a definirlo y a establecer remedios. Lo que realmente apremia es actualizar los tratados, aceptar la realidad social diferente que representa el contrato de adhesión con el fin de

reformular su concepto y enseñar todo esto en las aulas. Así, seguramente se establecerán teorías y remedios ante la crisis de la autonomía de la voluntad y de la igualdad contractual.

Referencias

- Alterini, A. y López, R. (1989). *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Benítez, J. (2010). *La revisión del contrato*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Bonilla Maldonado, D. (2013). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. En H. Olea Rodríguez (Ed.), *Derecho y pueblo Mapuche* (págs. 259-302). Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.
- Bonivento J. (2009). *Los principales contratos civiles y comerciales* (t. II). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Cepeda, M. (1985). Los contratos de adhesión: problemas y soluciones. *Revista de Derecho Civil*, (3).
- Gómez Estrada, C. (2008). *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- La verdad sobre la comisionista InterBolsa*. (3 de noviembre de 2012). Recuperado el 10 de febrero de 2013, de *Semana*: <http://m.semana.com/nacion/articulo/la-verdad-sobre-comisionista-interbolsa/267355-3>

- Monereo, P. (2002). El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho. En R. von Ihering, *El fin en el Derecho*. Granada: Comares.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Rakoff, T. (2006). Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de Derecho Privado*, (37).
- Vallespinos, C. (1984). *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Von Ihering, R. (1933) En el cielo de los conceptos jurídicos. En R. von Ihering, *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado.