

La desigualdad que existe entre las partes del contrato es: ¿un problema de opresión o de dominación?

Camilo POSADA-TORRES*

RESUMEN: Este trabajo tiene como propósito demostrar que, a pesar de que el contrato es una estructura de dominación social, no es el medio adecuado para regular las desigualdades que existen entre los contratantes, razón por la cual debe acudir al derecho – como una estructura de dominación social de nivel general–, para que el contrato no se erija como un instrumento de opresión del contratante débil.

PALABRAS CLAVE: Contrato; desigualdad; dominación social; opresión social; parte débil.

CONTENIDO: 1. Introducción; – 2. El derecho como estructura de dominación; – 3. El contrato como estructura de dominación social; – 4. La desigualdad entre los seres humanos y su incidencia en el contrato; – 5. La opresión en el contrato y sus remedios; – 6. Conclusiones; – 7. Referencias bibliográficas.

TITLE: *Is the Inequality that Exists between the Parties to the Contract a Problem of Oppression or of Domination?*

ABSTRACT: *The purpose of this work is to demonstrate that, despite the fact that the contract is a structure of social domination, it is not the adequate means to regulate the inequalities that exist between the contracting parties, which is why the law must be used – as a structure of domination. general social level – so that the contract does not become an instrument of oppression of the weak contractor.*

KEYWORDS: *Contract; inequality; social domination; social oppression; weak party.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Law as a structure of domination; – 3. The contract as a structure of social domination; – 4. Inequality among human beings and its incidence in the contract; – 5. Oppression in contract and its remedies; – 6. Conclusions; – 7. Bibliographical references.*

1. Introducción

Los seres humanos son desiguales y su desigualdad genera caos en la sociedad, el cual se manifiesta de múltiples y diversas maneras, siendo una de ellas la opresión en el contrato, que implica la obtención de beneficios desmedidos a favor del contratante que ostenta una posición comercial fuerte respecto de su cocontratante, en detrimento de los intereses económicos de éste.

Este trabajo se trata de una investigación documental bajo el enfoque metodológico cualitativo, a partir de la revisión de fuentes principales y secundarias, para demostrar que, a pesar de que el contrato es una estructura de dominación social su finalidad no

* Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia.

consiste en impedir el abuso de la posición de superioridad por el contratante que la ostenta, en detrimento de los intereses de su contratante más débil, permitiendo, en algunos casos, que el contrato se erija en un instrumento de opresión de los contratantes débiles. Entonces, ante esta situación, el derecho – que tiene como propósito establecer y mantener el orden en la sociedad – diseña los mecanismos para que, a pesar de la desigualdad real que existe entre los contratantes, el contrato sirva como instrumento de realización de los intereses de cada uno de ellos, sin que exista un aprovechamiento indebido por parte de uno de ellos que le permita obtener beneficios desmedidos en perjuicio de su cocontratante más débil.

2. El derecho como estructura de dominación social

El poder se concibe – desde una perspectiva sociológica – como la posibilidad que tiene un individuo de imponer su propia voluntad sobre la conducta de otro.¹ Y, la dominación, como una forma de poder, se refiere a un estado de circunstancias dentro de las cuales existe la posibilidad de que la voluntad del sujeto dominador (mandato) sea obedecida por el sujeto dominado, como si hubiera sido adoptada por sí mismo y como máxima de su obrar, para alcanzar un fin específico.²

Resulta oportuno, entonces, preguntarse: ¿Es el derecho una estructura de dominación social? Para responder este interrogante, se debe, en primer lugar, entender qué es el derecho y, en segundo lugar, verificar si éste comparte los elementos de la dominación.

En relación con lo primero, a pesar de la imposibilidad que existe para definir con precisión el concepto de derecho, debido a la complejidad de su propia naturaleza,³ se encuentra que, para Santi Romano – en atención a su función – el derecho es una institución y no un simple conjunto de normas jurídicas porque, sirviéndose de éstas ordena a la sociedad, asignando funciones a cada uno de sus miembros, en consideración a sus capacidades y competencias, para alcanzar un fin común.⁴] Por consiguiente, para este autor, el derecho no sólo está conformado por normas jurídicas, sino que, también, la sociedad, el orden y la organización son elementos que integran su concepto funcional. Esta noción que propone Santi Romano se contrapone a la concepción kelseniana, de acuerdo con la cual, el derecho está conformado únicamente por normas jurídicas que

¹ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora y Francisco Gil Villegas. 3 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 1072.

² WEBER, Max. *Economía y sociedad*, cit., p. 1076.

³ CORNIL, Georges. *El derecho privado*. Chile: Ediciones Olejnik, 2018, pp. 17-18 y 20.

⁴ ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Trad. Sebastián Ricardo Martín-Retortillo Baquer y Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. España: Editorial Reus, 2012, pp. 80-83. (p. 304)

regulan la conducta humana, cuya validez está determinada por la forma como se crearon de conformidad con la norma fundante básica.⁵

Por otra parte, para Norberto Bobbio⁶ las normas jurídicas son proposiciones prescriptivas (mandatos), cuya función principal consiste en provocar la modificación voluntaria del comportamiento de los individuos en la sociedad, a través de su cumplimiento.

Ahora bien, siguiendo a Max Weber, en la dominación se identifican los siguientes elementos:⁷ *i*) un sujeto dominador, que puede estar representado por un individuo o por un grupo de individuos; *ii*) un sujeto dominado, que también puede estar representado por un individuo o por un grupo de individuos; *iii*) la voluntad del sujeto dominador que se exterioriza a través de mandatos; *iv*) la posibilidad de que la voluntad del sujeto dominador sea obedecida por el sujeto dominado; y *v*) lograr un fin no necesariamente representado en la satisfacción de intereses económicos.⁸

Es momento de verificar si el derecho comparte los elementos de la dominación previamente enunciados. En primer lugar, se dice que debe existir un sujeto dominador. Conforme a la teoría estatalista,⁹ todo el derecho proviene del estado, quien exterioriza su voluntad (mandatos) a través de la ley para persuadir a los individuos a comportarse de la manera deseada por él en todas sus actividades, con el fin de establecer y conservar el orden en la sociedad.

En segundo lugar, se afirma que debe existir un sujeto dominado, que en este caso serían todos los destinatarios de la ley promulgada por el estado; esto es, el grupo de individuos que conforman la sociedad y cuyos comportamientos se pretenden modificar mediante el cumplimiento voluntario de las proposiciones prescriptivas (mandatos) con el fin de establecer y mantener el orden.

En tercer lugar, se considera que, la voluntad del sujeto dominador se exterioriza a través de mandatos. En el derecho, los mandatos son proposiciones prescriptivas imperativas que se encuentran contenidas en las normas jurídicas¹⁰, representan la voluntad del

⁵ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. 9 ed. México: Editorial Porrúa, 1997, pp. 44, 45 y 205-217.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. Jorge Guerrero. 5 ed. Colombia: Editorial Temis, 2016, p. 45.

⁷ GIL VILLEGAS M., Francisco. Introducción. En: WEBER, Max. *Economía y sociedad*, cit. p. 103.

⁸ WEBER, Max. *Economía y sociedad*, cit., p. 1072.

⁹ HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Trad. de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 199-200.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, cit., p. 45.

sujeto dominador (el estado) y, mediante su promulgación, se exterioriza para ser conocida por el sujeto dominado (individuos).

En cuarto lugar, se encuentra la posibilidad de que la voluntad del sujeto dominador sea obedecida por el sujeto dominado. Se observa que, el derecho está dotado de fuerza que se ejerce, a través de la coacción, para hacer cumplir su voluntad (mandatos) contenida en las leyes, a quienes decidan no cumplirlos de forma voluntaria, como medida para establecer y conservar el orden social. Para Bobbio,¹¹ a pesar de que en el derecho existen normas jurídicas sin sanción, ésta es importante para incentivar en el sujeto dominado el cumplimiento de la voluntad exteriorizada del sujeto dominador. Sin embargo – para este mismo autor –, es necesario que se establezca la sanción específica por la inobservancia de un mandato respectivo, su medida y la persona facultada para ejecutarla, caso en el cual, la sanción es institucionalizada, lo que contribuye a incrementar la eficacia de las normas jurídicas. Ferrari,¹² por su parte, distingue entre las sanciones represivas y las sanciones restitutivas. Por medio de las primeras, se impone al individuo un daño proporcional al daño causado por la transgresión del mandato; y, por las segundas, se coacciona al transgresor del mandato a reparar los males causados con su actuación.

Y, en quinto lugar, debe alcanzar un fin no necesariamente representado en la satisfacción de intereses económicos,¹³ Para Cornil¹⁴ la complejidad y multiplicidad de actividades que se realizan en la sociedad requiere la existencia del equilibrio dado por el derecho para conservar el orden en la sociedad y evitar su desorganización. En otras palabras – para este autor –, el derecho y la sociedad son inseparables, ya que la sociedad es una colectividad de individuos ordenada y organizada por el derecho a través de sus mandatos. Por otro lado, para Radbruch¹⁵ el fin del derecho es la justicia y la seguridad jurídica. La justicia – para este autor – le reconoce al derecho la esencia de resolver conflictos aplicando la ley y, de la seguridad jurídica, se desprende la positividad del derecho.

Como corolario de lo anterior, queda claro que, el derecho es una estructura de dominación social conforme a la concepción weberiana, porque el estado a través de la

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, cit., pp. 105–107.

¹² FERRARI, Vincenzo. *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*. Trad. Santiago Perea Latorre. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 126.

¹³ WEBER, Max. *Economía y sociedad*, cit., p. 1072.

¹⁴ CORNIL, Georges. *El derecho privado*, cit., pp. 18, 20 y 21.

¹⁵ RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Trad. de Aníbal del Campo. Chile: Ediciones Olejnik, 2019, p. 67.

ley promueve determinados comportamientos en los individuos necesarios para ordenar y organizar la sociedad, para evitar el caos.

3. El contrato como una estructura de dominación social

Conviene preguntarse: ¿Es el contrato una estructura de dominación social? Para responder este cuestionamiento, se considera necesario, en primer lugar, comprender qué es el contrato y, en segundo lugar, comprobar si en éste se reúnen todos los elementos de la dominación identificados por Max Weber.

En relación con el primer aspecto, se afirma que, el contrato es una fuente de derecho, en tanto “hecho productor de normas jurídicas”¹⁶ que es. En particular, se trata de una fuente formal de derecho, entendida como “actos que tienen la forma jurídica”.¹⁷ Por su parte, Bobbio¹⁸ distingue entre imperativos heterónomos e imperativos autónomos. Los primeros son aquellos mandatos dictados por una persona (legislador), y son ejecutados por otra persona diferente (juez). Mientras que, los segundos, son mandatos dictados y ejecutados por la misma persona como, por ejemplo, el contrato. Así, los contratantes se dictan sus propias normas jurídicas (mandatos) para dirigir sus comportamientos hacia la satisfacción recíproca de sus intereses,¹⁹ dentro de los extensos límites que le reconoce el ordenamiento jurídico a la autonomía privada;²⁰ y, ante la inobservancia de alguno de sus mandatos por alguno de ellos, el otro contratante puede servirse de la coacción del derecho para lograr su cumplimiento o la reparación de los perjuicios sufridos por ese acontecer indeseado.²¹

Ahora, se procede a analizar cada uno de los elementos de la dominación respecto del contrato para determinar si se erige o no como un instrumento de dominación social. En primer lugar, se dice que debe existir un sujeto dominador y un sujeto dominado. A primera vista podría pensarse que en los contratos no existe un sujeto dominador ni un sujeto dominado, porque ambos contratantes son iguales ante la ley.²² Sin embargo, al observarse con detenimiento, se encuentra que, en la doctrina se distinguen los contratos de adhesión de los contratos negociados. En los primeros, “las disposiciones

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 267.

¹⁷ MILLARD, Éric. *Teoría general del derecho*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 78. Trad. Bernardo Carvajal Sánchez. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 162.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, cit., pp. 52-53.

¹⁹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. R. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. 3. ed. Chile: Ediciones Olejnik, 2018, pp. 61-62.

²⁰ BETTI, Emilio. *El negocio jurídico*. España: Editorial Comares, 2008, pp. 96-108. Colección: Crítica del derecho, N° 20.

²¹ MENDOZA-RAMÍREZ, Álvaro. *Obligaciones*. Colombia: Editorial Temis – Universidad de La Sabana, 2020, pp. 787-804.

²² REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011, pp. 299-301.

contractuales no son susceptibles de discutirse entre las partes; ya que una de estas las comunica a la otra, quien solo puede dar su consentimiento en bloque o negarse a celebrar el contrato si tales disposiciones no le convienen”.²³ Mientras que, en los segundos, “se discuten entre las partes las disposiciones contractuales”.²⁴ En tratándose de contratos de adhesión, el sujeto dominador es el predisponente, es decir, el contratante que impone al otro todas las reglas que regularán sus comportamientos para la satisfacción recíproca de sus intereses, dentro de un esquema de tómelo o déjelo.²⁵ Y, el sujeto dominado corresponde al adherente, esto es, al contratante que no tiene la posibilidad de discutir ni modificar ninguna regla y, con su aceptación, se somete, sin excepción alguna, a su cumplimiento.²⁶ En lo que respecta a los contratos negociados, considero en principio que, los contratantes son al mismo tiempo sujeto dominador y sujeto dominado, pues, al participar conjuntamente en el diseño del contenido negocial, voluntariamente se están sometiendo a observar las reglas por ellos mismos establecidas para la satisfacción de sus intereses envueltos en esa relación. En todo caso, no descartamos la posibilidad de que existan situaciones que dificulten la identificación del sujeto dominador y del sujeto dominado, en razón a las circunstancias particulares en que se encuentran cada uno de los contratantes respecto de la satisfacción de sus intereses individuales, imponiéndose, de esta manera, la revisión del caso concreto para su determinación.²⁷

En segundo lugar, se encuentra la exteriorización de la voluntad del sujeto dominador a través de mandatos. De los contratos nacen obligaciones con prestaciones de dar, entregar, hacer o no hacer,²⁸ dependiendo del comportamiento que se desea de cada contratante para la satisfacción de los intereses individuales que están envueltos en esa relación en particular, mediante su cumplimiento. También, pueden modificarse o extinguirse las obligaciones, según la voluntad de las partes.²⁹ Se comprende entonces que, el acreedor de una prestación en concreto es el sujeto dominador, quien a través de un mandato (disposiciones contractuales) direcciona el comportamiento de su deudor (sujeto dominado) hacía la satisfacción de su interés individual. Como consecuencia de lo anterior, se pregunta: ¿Qué sucede entonces, con los contratos bilaterales? En este tipo

²³ LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*, vol. I. Trad. de Jorge Guerrero. Colombia: Editorial Temis, 1999, p. 207.

²⁴ Ídem.

²⁵ POSADA-TORRES, Camilo. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. *Revista de Derecho Privado*, n. 29. Colombia: Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre, 2015, p. 148. Disponible en: <<https://revistas.uxternado.edu.co/index/php/derpri/>>.

²⁶ POSADA-TORRES, Camilo. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cit., p. 148-149.

²⁷ WEBER, Max. *Economía y sociedad*, cit., p., p. 1077.

²⁸ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, t. I. 2 ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 121-129 y 209-234.

²⁹ MENDOZA-RAMÍREZ, Álvaro. *Obligaciones*, cit., p. 457. Cf. BIANCA, Massimo C. *El contrato*, vol. 3. 2 ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 21 y 22.

de contratos ambas partes se obligan recíprocamente entre sí, siendo cada uno de ellos al mismo tiempo acreedor y deudor,³⁰ por lo tanto, son sujeto dominador y sujeto dominado al mismo tiempo respecto de sus intereses individuales que pretenden satisfacer dentro del marco de una relación negocial específica.

En tercer lugar, está la posibilidad de que la voluntad del sujeto dominador sea obedecida por el sujeto dominado. El cumplimiento de las obligaciones (mandatos) que contraen las partes como consecuencia de la celebración y perfeccionamiento de un contrato se suele incentivar de diversas formas como, por ejemplo, incluyendo cláusulas penales – de apremio – en su contenido,³¹ o exigiendo garantía específicas. Además de esto, el estado pone al servicio del acreedor su aparato coactivo para que pueda exigir al deudor el cumplimiento forzoso de la obligación incumplida, junto con la reparación de los perjuicios sufridos por su incumplimiento.³²

Finalmente, en cuarto lugar, la dominación tiene que estar orientada hacia la obtención de un fin no necesariamente representado en la satisfacción de intereses económicos. Se debe recordar que, el contrato es, tanto un instrumento jurídico como económico. Es jurídico, porque a través de él, las partes fijan las reglas a las que voluntariamente se someten para adecuar sus comportamientos hacia el cumplimiento de las obligaciones contraídas como consecuencia de su celebración y perfeccionamiento.³³ Es económico, porque, además de promover el intercambio de bienes en el mercado, está dirigido hacia la satisfacción de intereses económicos de carácter individual³⁴ que se encuentran presentes en la relación particular. Es por esta razón, que el contrato – en su integridad – debe satisfacer los intereses individuales de cada uno de los contratantes que están en juego, mediante el direccionamiento de sus comportamientos a través de las normas jurídicas (reglas convencionales) que han dispuesto para ello.³⁵

En suma, el contrato es una estructura de dominación social, en la medida que, las proposiciones prescriptivas (mandatos) contenidas en las condiciones (o cláusulas) del contrato brindan la posibilidad, a los contratantes, de cumplirlos voluntariamente (obedecerlos), evento en el cual, sus comportamientos son modificados con el fin de satisfacer los intereses individuales de carácter económico (o patrimonial) que se

³⁰ VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Colección: Crítica del derecho, n. 79. España: Editorial Comares, 2007, p. 85. Cf.: MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, cit., p. 366.

³¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II: las relaciones obligatorias. 6 ed. España: Editorial Aranzadi, 2009, p. 457-469. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. II.

³² JIMÉNEZ-VALDERRAMA, Fernando. *Curso de obligaciones*. Colombia: Legis Editores, 2019, p. 203-226.

³³ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 235. Tomo II, Vol. I.

³⁴ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, cit., p. 62.

³⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. I: introducción – teoría del contrato. 6 ed. España: Editorial Aranzadi, 2007, p. 139.

encuentran en juego dentro de la relación negocial. Y, cuando no sean cumplidos voluntariamente por el deudor, su acreedor podrá coaccionar su incumplimiento sirviéndose de la fuerza del derecho.

4. La desigualdad entre los seres humanos y su incidencia en el contrato

Los seres humanos no son iguales entre sí. Existen factores biológicos, medioambientales, sociales, políticos, ideológicos, educativos, psicológicos y económicos que inciden en su desigualdad. La existencia de clases sociales es una manifestación de esa desigualdad. Platón³⁶ habla de tres clases sociales – empresarios, guerreros y guardianes – y le atribuye un oficio específico a cada una de ellas – economía, defensa y gobierno –, para el debido funcionamiento de la polis. Kunkel³⁷ explica las luchas entre patricios y plebeyos al inicio del período republicano en Roma. Kenny³⁸ explica la estructura social del sistema feudal, conformada por señores y vasallos. Y, Marx³⁹ distingue, en las sociedades capitalistas, entre los trabajadores asalariados – propietarios de su fuerza de trabajo – y los propietarios de los medios de producción.

La desigualdad entre los seres humanos genera conflictos entre ellos, provocando caos en la sociedad. Como consecuencia de lo anterior, surge el derecho como una estructura de dominación social, que tiene el propósito de evitar y solucionar los conflictos que surjan entre los individuos y, de esa forma, se ordena y organiza la sociedad del caos. En palabras de Carnelutti, “el secreto del derecho está precisamente en que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran”.⁴⁰

Ante esta realidad, Radbruch⁴¹ dice que, el derecho creó el concepto de persona para dar un trato igualitario a todos los seres humanos que ostentan esa calidad. De manera que, el poseedor, el propietario, el desvalido, el recién nacido, el trabajador, el empleador, son iguales desde una perspectiva jurídica. Es así como, el mencionado autor explica la existencia de aquella regla que considera a las personas iguales ante la ley, sin tener en consideración diferencias de ninguna índole (edad, sexo, raza, creencias religiosas, ideologías políticas, aspectos económicos, entre otras). Sin embargo, a medida que la sociedad se va tornando más compleja, el derecho va creando otras categorías adicionales para reconocer las diferencias que surgen entre los individuos, con el fin de agruparlos y

³⁶ PLATÓN. *Obras completas*, t VII: *la república*. España: Medina y Navarro Editores, 1972, pp. 18-20.

³⁷ KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Trad. Juan Miquel. 9 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994 pp. 28 -31.

³⁸ KENNY, Anthony. *Breve historia de la filosofía occidental*. Trad. Miguel Candel. Colombia: Editorial Planeta Colombiana S.A., pp. 174-176.

³⁹ MARX, Karl. *El capital*. México: Siglo XXI Editores, 1975, pp. 214 y 284.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 4 ed. Colombia: Editorial Temis, 2017, p. 13. Monografías Jurídicas N° 1.

⁴¹ RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*, cit., pp. 28-29.

darles un trato igualitario, y poder diferenciarlos respecto de los demás individuos. Un ejemplo de esto se encuentra en el concepto de comerciante, dentro del cual se agrupan a todas las personas que desarrollan de forma profesional una actividad económica en el mercado;⁴² o, el concepto de contratante, que congrega a todas las personas que participan, de forma directa o a través de su representante, en la celebración de contratos;⁴³ o, el concepto de comprador, que reúne a todas las personas que dentro de una relación de compraventa, adquieren la propiedad sobre unos bienes a cambio de un precio pagado en dinero.⁴⁴ De este modo, el derecho va ordenando y organizando la sociedad: crea categorías para agrupar a los individuos que reúnan ciertas características y somete sus comportamientos al cumplimiento de unos mandatos específicos contenidos en la ley.

Por otro lado, si se parte del presupuesto de que los individuos que conforman la sociedad son personas, por lo tanto, iguales entre sí para la ley, entonces todos tienen los mismos derechos, luego, no se les reconocen privilegios a algunos de ellos para prevenir conflictos sociales. Por consiguiente, cuando las personas celebran contratos para realizar intercambios de bienes y servicios que les permita satisfacer sus necesidades – principalmente económicas –, están actuando como iguales; esto implica que, ninguno de los contratantes se puede imponer al otro, fijando reglas de forma unilateral para asegurar exclusivamente la satisfacción de sus intereses. Todo lo contrario, deben participar ambos en la elaboración y selección de las reglas convencionales para regular su comportamiento hacia ese propósito; ambos contratantes deben tener las mismas oportunidades para satisfacer sus intereses individuales envueltos en cada relación particular.

A pesar de que la ley considera como iguales a las personas y, por ende, a los contratantes, la realidad muestra todo lo contrario. Existen múltiples factores que hacen desiguales a los contratantes, evidenciando la asimetría del contrato.⁴⁵ La debilidad de un contratante con respecto al otro, ocurre normalmente por tres factores:

⁴² SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Trad. Federico E. G. Werner. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997, p. 287-356.

⁴³ BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de derecho privado*. Trad. Pablo Macedo. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 369-370.

⁴⁴ BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*, t. I. 3. ed. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995, p. 43-62.

⁴⁵ ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. *Revista de Derecho Privado*, n. 20. Colombia: Universidad Externado de Colombia, jul./dic. 2011, p. 177-223. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index/php/derpri/>>.

En el primero, porque uno de los contratantes no participa en la confección del contenido negocial,⁴⁶ como sucede, por ejemplo, en los contratos de adhesión con el adherente. Las reglas jurídicas que configuran el contenido negocial del contrato son elegidas o diseñadas por el predisponente, quien debe tener en consideración los intereses de su cocontratante (el adherente). En todo caso, con el fin de asegurar que esto sea así, y evitar que el predisponente obtenga provecho de esta posición de superioridad en la que se encuentra, en detrimento de los intereses de su cocontratante, el estado interviene a través de normas imperativas que no pueden ser derogadas por la voluntad del predisponente.⁴⁷

En el segundo, uno de los contratantes no tiene los mismos conocimientos ni la misma información sobre la actividad económica, o sobre el producto objeto del negocio, que tiene el otro contratante;⁴⁸ como ocurre, por ejemplo, en una compraventa de un bien mueble usado, donde el vendedor conoce el verdadero estado de la cosa que vende, dándole la posibilidad de influir en la celebración y perfeccionamiento del negocio, según la información que revele a su comprador. También se observa este segundo factor, en todos los casos en que una persona contrata, por ejemplo, con un banco un crédito para adquirir una vivienda, o un seguro para transferir el riesgo de muerte, o de vejez, o de pérdida o destrucción de sus bienes, entre otros eventos. De esta forma, el estado interviene, a través de la ley, imponiendo obligaciones de informar al contratante que se encuentra en una posición de superioridad por sus especiales conocimientos sobre el producto o la actividad económica que desarrolla en el mercado, respecto de su cocontratante.⁴⁹

Y, en el tercer factor, uno de los contratantes tiene mayor poder económico que el otro⁵⁰, el cual se presenta con cierta frecuencia, no sólo en las relaciones entre un empresario grande y uno pequeño, sino también en los eventos en que un empresario contrata con un empresario que ostenta una posición de dominio en el mercado. En estos eventos, la debilidad se encuentra en la ausencia de poder de negociación del empresario pequeño,

⁴⁶ DEREUX, Georges. Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión. *Rev. Gen. D. & Juris*, n. 2, 1931, pp. 515 -551. Disponible en: <<https://heinonline.org/HOL/license>>.

⁴⁷ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1480, artículo 4. Diario oficial N° 48.220 del 12 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html>.

⁴⁸ NEME VILLAREAL, Martha Lucía y CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. *El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información*. Ensayos de derecho privado, n. 8. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 44-47.

⁴⁹ CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, n. 21. Colombia: Universidad Externado de Colombia, jul./dic. 2011, pp. 327-350. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/>>.

⁵⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. En: *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 364.

que lo lleva a aceptar todas las condiciones que le impone el empresario grande sin ninguna posibilidad de discutir las o modificarlas.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia la existencia de diferentes situaciones – de carácter social y económico –, que sitúan a uno de los contratantes, respecto del otro, en una situación de debilidad, generando una disminución o anulación de su autonomía privada que lo llevan a celebrar un contrato desequilibrado en detrimento de sus propios intereses.⁵¹

En suma, se considera relevante la idea de Ferrari,⁵² para quien la libertad e igualdad absoluta de las partes en un contrato no es real, tratándose de una construcción teórica ideal que sirve como modelo para orientar y actualizar, de forma continua, el sistema de control y de restablecimiento del equilibrio entre los contratantes.

5. La opresión en el contrato y sus remedios

La opresión consiste en “someter a una persona, a una nación, a un pueblo, etc., vejándolos, humillándolos o tiranizándolos”.⁵³ Es decir que, hay opresión cuando una persona somete a otra para que cumpla su voluntad causándole maltratos, padecimientos o perjuicios.

Weil⁵⁴ explica que, la opresión está presente en toda sociedad, aunque en algunas es mayor que en otras, no se puede extirpar de ella porque no se puede abolir el poder, las armas, el dinero, los secretos técnicos, entre otros instrumentos opresivos que son necesarios para el orden social. Ante esta situación, Weil afirma que, no necesariamente la desigualdad entre los seres humanos es un factor generador de opresión social, ya que con la resistencia de los débiles y con la justicia de los fuertes se logra equilibrar las asimetrías existentes entre ellos. Además, con el establecimiento de un poder estable – como medio –, se podrá lograr el fin, que corresponde al equilibrio entre los que tienen una posición de superioridad frente a quienes tienen una posición de debilidad.⁵⁵ Justamente, el derecho – como estructura de dominación social – es el medio idóneo y adecuado para equilibrar las relaciones entre los diferentes individuos que hacen parte de la sociedad.

⁵¹ GÓMEZ CALLE, Esther. *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. España: Editorial Aranzadi, 2018, p. 28.

⁵² FERRARI, Vincenzo. *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*, cit., p. 105.

⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [sitio web]. Madrid; [consultado el 6 de enero de 2021]. Disponible en: <<https://dle.rae.es>>.

⁵⁴ WEIL, Simone. *Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social*. Trad. de Carmen Revilla Guzmán. Madrid: Editorial Trotta, 2015, pp. 41-64.

⁵⁵ WEIL, Simone. *Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social*, cit., p. 49.

Es momento de preguntarse: ¿Es el contrato un instrumento de opresión del contratante débil al servicio del contratante fuerte para favorecer la satisfacción de sus intereses económicos en juego, en perjuicio del primero? Para responder este interrogante es necesario recordar que, en eventos excepcionales, los contratantes se encuentran en una posición de igualdad para la celebración y ejecución de un contrato; normalmente, existen diferentes factores – que ya hemos mencionado en otra parte del texto – que colocan a cada contratante en una situación de ventaja o de desventaja respecto del otro en la satisfacción de sus intereses económicos individuales, evidenciándose, de esta manera, la desigualdad existente entre ellos. Esa situación de ventaja o desventaja ocurre, porque uno de los contratantes tiene la facultad de elegir las reglas y diseñar el contenido negocial del contrato, sin que el otro contratante pueda discutirlo y, mucho menos, modificarlo⁵⁶ – en el entendido que se le presenta en un esquema de tómelo o déjelo. O, porque uno de los contratantes tiene conocimientos o información relevante de la operación que se realizará, o sobre las cualidades o calidades de los bienes o servicios objeto de la relación, que no tiene el otro contratante.⁵⁷ O, por las diferencias en el poder económico que ostenta cada una de las partes del contrato.⁵⁸ En palabras de Ferrari, “Los esquemas contractuales revelan fielmente el poder contractual de los contratantes: cuando su relación es igualitaria, los derechos y deberes recíprocos tienden a equilibrarse; cuando es desigual, la balanza tiende a inclinarse hacia una parte, que se reserva más derechos que deberes”.⁵⁹

El derecho equilibra las desigualdades que existen entre los contratantes utilizando instrumentos de justicia conmutativa y de justicia distributiva. Si no fuera así, el contrato se convertiría en un instrumento de opresión de la parte más débil, al servicio del contratante fuerte para satisfacer sus intereses económicos individuales en perjuicio de los intereses del otro contratante. Para Aristóteles⁶⁰ la justicia es sinónimo de igualdad. Distingue – este mismo autor – entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva buscando ambas la igualdad de tratamiento entre los seres humanos, quienes por naturaleza son desiguales. Aplicando estas ideas al contrato, Radbruch⁶¹ explica que, la justicia conmutativa se identifica con la igualdad absoluta en el intercambio de bienes y servicios; mientras que, la justicia distributiva equilibra los beneficios y las cargas en proporción a las desigualdades existentes entre los intervinientes en la relación de

⁵⁶DEREUX, Georges. *Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión*, cit., pp. 515 -551.

⁵⁷ NEME VILLAREAL, Martha Lucía y CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. *El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información*, cit., pp. 44-47.

⁵⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*, cit. p. 364.

⁵⁹ FERRARI, Vincenzo. *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*, cit., p. 77.

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. 18. ed. México: Editorial Porrúa, 1999, pp. 58 y 61.

⁶¹ RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*, cit., pp. 26 y 60.

intercambio. Es decir, la justicia conmutativa es reciprocidad, en tanto que, la justicia distributiva es proporcionalidad.

La desigualdad entre los contratantes es un asunto relevante para el derecho por cuanto existe el riesgo de abuso de la posición fuerte por quien la ostenta para obtener ventajas desmedidas a su favor en detrimento de los intereses del otro contratante (normalmente débil). Si el derecho no interviene para procurar por la reciprocidad y proporcionalidad en las relaciones de intercambio desiguales, el contrato se convertiría en un instrumento de opresión, mediante el cual el contratante fuerte impondría las condiciones necesarias para realizar sus intereses individuales sin que le importe lo que suceda con los intereses del contratante débil, generando caos en el mercado.

6. Conclusiones

Queda demostrado que, el contrato es un instrumento de dominación social, toda vez que en él se reúnen los elementos de la dominación propuestos por Weber. A pesar de que, las proposiciones imperativas contenidas en las estipulaciones convencionales (o cláusulas) del contrato brindan la posibilidad, a los contratantes de obedecerlas (cumplirlas) voluntariamente, ordenando sus comportamientos hacia la satisfacción de sus intereses individuales, evitando así su cumplimiento coactivo a través de la fuerza del derecho; el contrato no se erige como un mecanismo eficaz contra la desigualdad existente entre los contratantes ni contra el abuso de la posición de superioridad en la que se encuentra uno de ellos respecto del otro.

Por otro lado, se verifica que, el derecho – como medio de ordenación y organización social – es el vehículo por el cual se realiza la reciprocidad y la proporcionalidad en las relaciones de intercambio, haciendo que el contrato sea el instrumento de armonización adecuado para que los contratantes tengan las mismas oportunidades de satisfacer sus necesidades, deseos e intereses individuales, primordialmente de carácter económico.

7. Referencias bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética nicomáquea*. 18. ed. México: Editorial Porrúa, 1999.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano. En: *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*, t. I. 3 ed. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

BETTI, Emilio. *El negocio jurídico*. Trad. A. Martín Pérez. España: Editorial Comares, 2008.

- BIANCA, Massimo C. *El contrato*, vol. 3. Trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. Jorge Guerrero. 5 ed. Colombia: Editorial Temis, 2016.
- BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de derecho privado*. Trad. Pablo Macedo. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1978.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Monografías Jurídicas, n. 1. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 4. ed. Colombia: Editorial Temis, 2017.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, n. 21. Colombia: Universidad Externado de Colombia, jul./dic. 2011. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index/php/derpri/>>.
- CORNIL, Georges. *El derecho privado*. Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- DEREUX, Georges. Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión. *Rev. Gen. D. & Juris*, n. 2, 1931. Disponible en: <<https://heinonline.org/HOL/license>>.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II: las relaciones obligatorias. 6 ed. España: Editorial Aranzadi, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. I: introducción – teoría del contrato. 6 ed. España: Editorial Aranzadi, 2007.
- FERRARI, Vincenzo. *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*. Trad. Santiago Perea Latorre. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- GIL VILLEGAS M., Francisco. Introducción. En: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora y Francisco Gil Villegas. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- GÓMEZ CALLE, Esther. *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. España: Editorial Aranzadi, 2018.
- HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, t. II, vol. I: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, t. I. 2. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- JIMÉNEZ-VALDERRAMA, Fernando. *Curso de obligaciones*. Colombia: Legis Editores, 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. 9 ed. México: Editorial Porrúa, 1997.
- KENNY, Anthony. *Breve historia de la filosofía occidental*. Trad. Miguel Candel. Colombia: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Trad. Juan Miquel. 9 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*, vol. I. Trad. Jorge Guerrero. Colombia: Editorial Temis, 1999.
- MARX, Karl. *El capital*. Trad. Pedro Scaron. México: Siglo XXI Editores, 1975.
- MENDOZA-RAMÍREZ, Álvaro. *Obligaciones*. Colombia: Editorial Temis – Universidad de La Sabana, 2020.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. R. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. 3. ed. Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- MILLARD, Éric. *Teoría general del derecho*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 78. Trad. Bernardo Carvajal Sánchez. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2016.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía y CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. *El consentimiento informado del consumidor: del sinalagma a las exigencias de información*. Ensayos de derecho privado, n. 8. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2018.

PLATÓN. *Obras completas*, t. VII: la república. España: Medina y Navarro Editores, 1972.

POSADA-TORRES, Camilo. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. *Revista de Derecho Privado*, n. 29. Colombia: Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre, 2015, p. 148. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index/php/derpri/>>.

RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Trad. Aníbal del Campo. Chile: Ediciones Olejnik, 2019.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* [sitio web]. Madrid; [consultado el 6 de enero de 2021]. Disponible en: <<https://dle.rae.es>>.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011.

ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Trad. Sebastián Ricardo Martín-Retortillo Baquer y Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. España: Editorial Reus, 2012.

ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. *Revista de Derecho Privado*, n. 20. Colombia: Universidad Externado de Colombia, jul./dic. 2011, p. 177-223. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index/php/derpri/>>.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Trad. Federico E. G. Werner. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Colección: Crítica del derecho, n. 79. España: Editorial Comares, 2007.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora y Francisco Gil Villegas. 3 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

WEIL, Simone. *Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social*. Trad. Carmen Revilla Guzmán. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

civilistica.com

Recebido em: 28.12.2021

Aprovado em:

2.5.2022 (1º parecer)

2.5.2022 (2º parecer)

Como citar: POSADA-TORRES, Camilo. La desigualdad que existe entre las partes del contrato es: ¿un problema de opresión o de dominación?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-desigualdad-que-existe/>>. Data de acesso.