

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

TATIANA AGUILAR PULIDO

Código: 200915090

EL CONTRATO DE CONSUMO HECHO OBRA DE
ARTE

DIRGIDA POR:

NICOLÁS PAJARO MORENO

2018-1

Resumen: En este trabajo se presenta una propuesta que permite ver el contrato como una obra de arte, teniendo como base el deseo aspiracional del derecho de transformar el mundo; para ello se utiliza la figura de la acción transfiguradora usada en la novela y la idea de hacer cosas con palabras, con el fin de que los contratos de consumo celebrados por adhesión logren la tan anhelada igualdad entre las partes de la relación.

Abstract: This paper presented a proposal that allows to conceive the contracts as a work of art, based in the aspirational desire to transform the world by the law; for this purpose, the figure of the action used in the novel and the idea of doing things with words are used, in order to convert the consumer contracts, celebrated to achieve the desired equality between the parties of the relationship.

Palabras claves: Contrato, consumidor, adhesión, lenguaje, interpretación, verdad, conocimiento, realidad, acción y obra de arte.

Law does not simply distort the world or even merely represent it correctly; rather it makes a world, one in which we live, act, imagine, desire and believe.”¹

Abrir el computador y crear un nuevo documento de Word, contemplar una página en blanco con ansias de ser completada con grafemas que se convierten en palabras, palabras que se convierten en párrafos y párrafos que se convierten en historias; genera una mezcla de sensaciones en ti, que estás presto a redactar tu nueva creación a través del mundo del texto. En ese momento, justo cuando estas frente a la hoja en blanco se unen el soñador y el pesimista que hay en ti; el primero no puede esperar para imaginar los diferentes mundos posibles e idealizar una nueva realidad; mientras que el segundo se encargara de usar la imaginación para poner delante de ti todos los obstáculos posibles y tú, que creías que no eras escritor; tienes que sentarte a escribir un contrato.

En ese momento lo único que atinas a escribir es un título: “contrato”; mientras que por tu mente pasan en retrospectiva, una serie de recuerdos de cuando estabas en la facultad de derecho tanto en tus clases de obligaciones como de contratos, entonces recuerdas una serie de normas del Código Civil y del Código de Comercio que leíste una y otra vez, hasta casi llegar a memorizarlas; en ese esfuerzo recuerdas también algunas anécdotas y ejemplos relatados por los catedráticos. Y de repente recuerdas el modelo de negocio que te estaba explicando tu cliente hace apenas unos minutos cuando te pidió que redactaras un contrato.

Entonces tu mente empieza a divagar nuevamente entre el soñador y el pesimista. Piensas rápidamente en la estructura básica que va a adoptar tu nueva creación, piensas en los personajes, el tema, el narrador, los tiempos y los espacios e intentas

¹ BLAKIN, JM, The Promise of Legal Semiotic.

conectarlos a través de la idea de un mundo posible. Claro está, los más técnicos redactando contratos dirán que esta labor implica más bien pensar en las partes, el objeto, la redacción en tercera persona, las fechas y los lugares para el cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, los diferentes elementos responden una y otra vez a las siguientes preguntas ¿Quiénes?, ¿Qué?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde? y ¿Por qué?..

Es así como debes tomar manos a la obra para empezar a redactar el contrato para tu cliente, pero vuelves a tus clases de derecho y ¡oh sorpresa! te das cuenta que redactar un contrato no es transcribir las normas preexistentes, así como te encuentras con que aquella estructura negocial no corresponde en su totalidad con lo establecido en la ley. Justo en ese momento tienes dos opciones; entrar en pánico o dejar volar tu imaginación (esperamos que optes por la segunda). Para ayudar en ese proceso de formación del texto escrito que plasma el contrato, particularmente el contrato de consumo con cláusulas predispuestas, hemos emprendido esta investigación como proyecto.

El título que sirve de abre bocas a esta investigación, causa gran sorpresa en propios y ajenos, con esto me refiero a abogados y no abogados, parece tener una aspiración por fuera de las fronteras de la lógica. Toda vez que extrapolar la relación del derecho como literatura, al campo del derecho privado, parecería ser para algunos algo improbable o incluso absurdo. Sin embargo, hemos emprendido este reto académico teniendo en mente la importancia de los estudios interdisciplinarios en derecho y particularmente el aporte de la filosofía, la hermenéutica y la literatura; que así como aportan a la teoría general del derecho pueden aportar a su puesta en práctica.

Al redactar este texto y emprender esta investigación, el propósito sobrepasaba la elaboración de un escrito sobre un tema particular del derecho; detrás de las ansias por investigar sobre las herramientas que podía otorgar la literatura y la hermenéutica al derecho; existe una concepción del mundo y especialmente del mundo jurídico muy particular, caracterizada por entender el derecho como una actividad comunicativa encadenada de manera irresistible al lenguaje; pero sobre

todo esta investigación se encuentra atada a la irresistible concepción de que con y a través del derecho los abogados podemos transformar el mundo.

Es por esto que siguiendo la línea de la investigación expuesta en el artículo titulado “Una Obra de Arte Llamada Sentencia: La decisión judicial” con la cual opte por el título de abogada de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, del que retomo algunas ideas, preguntas, concepciones, anhelos, deseos, certezas, incertidumbres, dudas e incluso temores. Hoy nuevamente escojo como tema de investigación la literatura y el derecho.

Así pues, a través de este texto, se plantea una aproximación a los contratos de consumo como obras de arte; en el sentido de qué éstas a diferencia de un texto científico se caracterizan por la función poética del lenguaje, por el contenido estético del discurso y la concentración en el mensaje, su significancia y su forma, según lo expuesto por Román Jakobson. Es así como el empresario y el consumidor podrán tener una mayor claridad sobre los lineamientos de su actuar dentro de la relación de consumo. Esta obra de arte debe contar esencialmente con el saber del abogado, en conjunto con la imaginación, creatividad del artista y su habilidad narrativa, para así lograr una adecuada protección de los derechos del consumidor y un equilibrio en el mercado.

Aunque creemos que el aporte de la literatura, la hermenéutica y la filosofía es valioso, para la creación de cualquier tipo de contratos mercantiles, lo cierto es que se seleccionaron particularmente los contratos escritos de consumo celebrados por adhesión; teniendo en mente la necesidad de equilibrar las relaciones de consumo, que con el pasar del tiempo se ha descubierto que son a todas luces asimétricas y que tienen como punto de partida de su desequilibrio, la información. De conformidad con lo anterior, a través de esta investigación se pretende utilizar las herramientas de la literatura, la hermenéutica y la filosofía con miras a que la construcción textual del contrato, pueda restablecer la anhelada igualdad en los contratos de consumo celebrados por adhesión, logrando entregar un contrato más claro a los consumidores que además de ser sujetos de especial protección, son quienes menor contacto con el lenguaje jurídico tienen regularmente; por esto el

legislador a puesto particular acento en el lenguaje con el que tienen que ser redactados este tipo de contratos; no obstante las directivas entregadas por la ley, no parecen ser suficiente, para que en la práctica el abogado sea capaz de redactar un contrato capaz de disminuir controversias contractuales y mostrarle a los diferentes lectores la nueva realidad que han construido, de forma tal que puedan entenderla y ponerla en práctica.

Para lo cual, se hará una revisión de las nociones de contrato de consumo con base en lo establecido en la Ley 1480 de 2011, así como una exploración sobre los conceptos de obra de arte, interpretación, verdad, conocimiento y juegos del lenguaje; desde lo teorizado especialmente por Paul Ricoeur; buscando reflexionar sobre la relación entre arte y derecho, dándole la posibilidad al lector de asimilar el contrato como una creación, capaz de construir una nueva realidad; a través de una metodología deductiva que permita crear una analogía, entre construcción textual del contrato y creación artística.

El tema de investigación aquí planteado, cobra especial relevancia, en la medida en que “el mercado colombiano ha incorporado ágilmente avanzados mecanismos de interrelación entre consumidores y proveedores de bienes y servicios, gracias al desarrollo acelerado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”². Estos nuevos mecanismos junto con la producción masiva, dejan en evidencia el desequilibrio existente en las relaciones de consumo y ponen de presente al consumidor como sujeto de especial protección; situación que es reconocida en la normatividad especializada promulgada sobre la materia, e incluso en la Constitución Política de Colombia de 1991. Con ello se pone de presente una relación problemática, generadora de desigualdades, basada en fuentes asimétricas de información, que se reguló de manera especial, para proteger al consumidor como sujeto fundante del mercado. Sin embargo, se hace pertinente indagar sobre los mecanismos que los abogados pueden poner en práctica para lograr tanto el querer como el deber ser en cuanto a protección del consumidor,

² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. ROBLEDO, Pablo. Protección al Consumidor en Colombia. Bogotá D.C. 2017.

especialmente en lo relacionado con la protección contractual; pues el contrato se erige como la herramienta principal del abogado, la empresa y el consumidor para establecer su relación.

Es por ello, que se busca proponer un acercamiento a los contratos de consumo, que pretende influir en la redacción de los mismos, buscando reestructurar las concepciones existentes sobre la arbitrariedad, abuso y desequilibrio en las relaciones de consumo; especialmente, teniendo en cuenta el origen privado de este tipo de relaciones que gobiernan el mercado y particularmente el mercado de consumo que se ha visto en aumento.

Para lograr el propósito de esta investigación, se acogerá la siguiente estructura: en el primer capítulo se realizará una aproximación teórica a los conceptos de derecho de consumo, relación de consumo, contrato, condiciones generales, información y publicidad; de conformidad con lo establecido en la Ley 1480 de 2011. Con el fin de delimitar el tema objeto de investigación, el estado del arte, las falencias y las oportunidades de mejora en esta práctica del derecho.

Por otro lado, en el segundo capítulo, se abordará el concepto de narración y la teoría de los juegos del lenguaje, así como las nociones de creación artística de Román Jakobson, la hermenéutica narrativa expuesta tanto por Hans Gadamer como por Paul Ricoeur y el discurso de la acción de este mismo autor. En línea con lo anterior se muestran los elementos narrativos que pueden ser útiles para la creación textual de los contratos de consumo; así como se deja entre ver el potencial del contrato como elemento para la construcción social de la realidad.

En línea con lo anterior, en el tercer capítulo se busca un acercamiento a la creación del contrato desde la estructura de las obras literarias narrativas, mediante un proceso de adecuación de los elementos del contrato y los elementos del análisis literario.

HACIA LA IGUALDAD DEL CONTRATO DE CONSUMO

Al pensar en derecho privado, es prácticamente imposible dejar pasar de lado una institución de la importancia y la magnitud del contrato, que sin duda fue concebido

como uno de sus ejes angulares, al ser la máxima expresión de la libertad y de la autonomía privada, valores rectores de esta rama del derecho. Como si eso no fuera suficiente, el contrato se ha erigido como el mecanismo por excelencia para las relaciones sociales y ha sido tan álgidamente demandado, que podemos encontrarlo en el común de las actividades de la ciudadanía.

El alto tráfico de estos instrumentos ha fomentado su diversificación en formas y contenidos, así como ha demandado del abogado que ponga a prueba su capacidad imaginativa, pues “los contratos son instrumentos de gran complejidad, por medio de los cuales se regula el intercambio de la riqueza y se coordina una porción considerable de la acción social”³ con lo cual esta institución ha tenido que adoptar una forma fácilmente moldeable, que se adapte a las diferentes necesidades y continúe respondiendo a su función económica.

La legislación colombiana define esta importante figura jurídica en los artículos 1594⁴ del Código Civil y 864⁵ del Código de Comercio; de su lectura se desprende que son concepciones equiparables, que se ciñen en todo momento a la idea tradicional de que el contrato es un acuerdo de voluntades, mediante el cual se generan derechos y obligaciones; en línea con lo anterior el artículo 1602 del Código Civil ha predispuesto que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes; y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁶.

En razón de este precepto normativo, se ha entendido que el contrato tiene “un contenido preceptivo que lo convierte literalmente en una norma jurídica privada”⁷; con lo cual la creación puede ser asimilada con la función legislativa del derecho.

³ RENGIFO, Mauricio. Introducción a las teorías clásicas del contrato. En: CASTRO, Marcela. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Universidad de los Andes. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2009. Pág 269.

⁴ “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. (...)”

⁵ “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (...)”

⁶ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2017.

⁷ RENGIFO GARDEAZABAL, Mauricio. La Formación del Contrato. Universidad de los Andes. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2016. Introducción.

De la normativa aquí enunciada y de la revisión tanto del Código de Comercio como del Código Civil, se desprende que el contrato por regla general no cuenta con formalidad alguna diferente al simple acuerdo de voluntades, esto es que el contrato es naturalmente consensual, salvo las excepciones de ley.

De ello se desprende que el contrato no tenga que asumir una forma en particular y que puede darse en las acciones más comunes de los seres que viven en sociedad. Sin embargo, el tráfico jurídico y comercial ha evidenciado la necesidad de dejar constancia de los negocios jurídicos que se celebran y ha convertido el texto escrito del contrato, en un documento con una fuerza probatoria indiscutible; es claro que algunas operaciones diarias revestidas de cotidianidad, han encontrado otras formas de ser probadas; pero ciertas relaciones siguen encontrando en el contrato escrito su mejor aliado. Cabe aclarar que, para los efectos de la presente investigación, nos enfocaremos en el contrato como texto, para ello analizaremos su función comunicativa, probatoria y su estructura retórica.

En línea con lo anterior, resulta de gran importancia concebir el contrato en los términos expuestos por Jaime Arrubla, esto es como, “La gran expresión de la libertad humana ha sido el contrato y la mayor expresión de la libertad contractual es precisamente el contrato atípico. El gran secreto del código de Napoleón es que la imaginación humana pueda buscar consecuencias jurídicas a través del contrato, sin cortapisas ni ataduras.”⁸ En consonancia con lo anterior, se vislumbra el contrato como aquel instrumento capaz de organizar, prever, definir, delimitar, dirigir y crear una relación comercial, con una estructura vinculante capaz de transformar la realidad.

Esta importante herramienta jurídica, utilizada de forma primigenia por los comerciantes, ha sufrido fuertes transformaciones con los años, más no por ello ha perdido su vigencia. Sin duda las nuevas formas que ha traído consigo la sociedad de consumo han logrado una redefinición de los elementos del contrato que han sido causantes de sendas reformas legislativas. “El escenario es una sociedad de

⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2012.

consumo, caracterizada por la masificación de los negocios y del obrar humano, producto del desarrollo de los grandes centros urbanos. (...) La circulación de los productos debe efectuarse de forma masiva y acelerada. Aparece la mecanización de los negocios jurídicos y el anonimato de las personas que intervienen.”⁹

Con ella se crean nuevas categorías de contratos como el contrato de consumo y el contrato de adhesión, que, aunque han nacido de forma paralela en la historia pues “esta modalidad contractual (el contrato de adhesión) está vinculada a la sociedad de consumo, y está a su vez, se relaciona de manera similar con la gran empresa y la tendencia contemporánea de producir en serie bienes y servicios.”¹⁰

Esto cobra sentido pues, “al referirnos a los contratos de consumo, no estamos significando un tipo contractual determinado, sino que por el contrario, se está haciendo alusión a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos.”¹¹ Por otro lado, cuando hablamos de contratos de adhesión nos referimos a la forma de celebración del contrato “cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”¹².

Si bien la categoría de los contratos de consumo, no se encuentra explícitamente definida en la ley; la Ley 1480 de 2011, conocida como Estatuto del Consumidor indica como ámbito de aplicación en el artículo 2, las relaciones de consumo; para lo cual, más adelante en su artículo 5, define el concepto de consumidor como “toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica (...)”¹³. De lo cual se puede abstraer que el contrato de consumo tiene como característica principal, ser el contrato que refleje una relación de consumo, con lo cual el factor distintivo está dado por la calidad de

⁹ *Ibidem*. Pág 57 y 58.

¹⁰ *Ibidem*. Pág 62.

¹¹ LORENZETI. Ricardo Luis. *Consumidores*. Segunda edición. Rubizal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2009. Pág 275.

¹² *Ibidem*. Pág 277.

¹³ Ley 1480 de 2011.

las partes; ante lo cual solo podremos estar en presencia de un contrato de consumo, cuando dicho contrato sea celebrado con un consumidor; en términos generales y teóricos, en la medida en que su conceptualización y puesta en práctica, ha sido parte de un gran debate doctrinal y jurisprudencial que aún no ha sido zanjado.

Al encasillar un contrato dentro de estas dos clases, la principal consecuencia que se deriva de su categorización, es la aplicación de normas especiales sobre interpretación y sobre el proceso de formación de la voluntad. De esto se desprende que el abogado que construye y predispone las cláusulas de dichos contratos, debe asumir un mayor grado de diligencia en su redacción. Es por ello que la presente investigación se concentrara en los contratos de consumo, celebrados por adhesión.

Para esto, haremos una breve exposición de la normatividad especial sobre estos contratos, pues como queda claro de la premisa según la cual los contratos de consumo son solo una categoría, estos se rigen de manera general, por las normas de contratos establecidas en los Códigos Civil y de Comercio. Las normas especiales son aquellas que se encuentran particularmente contenidas en el Estatuto del Consumidor. Iniciaremos con la legislación referente a la formación de la voluntad, haciendo un recorrido sobre las normas de información y publicidad. Para continuar con las normas que se refieren a las formas contractuales, donde se proscriben ciertas cláusulas, se establecen unos criterios formales para el documento donde consta el contrato; y finalmente un recuento de las normas sobre interpretación.

Adicionalmente, el legislador ha establecido una serie de requisitos para la formación del consentimiento en el contrato de consumo, que superan el esquema contractual tradicional, esto en la medida en que ha encontrado que el consumidor se encuentra en una ostensible situación de desequilibrio frente al productor o proveedor, ante lo cual el legislador ha descubierto que esa situación de desequilibrio tenía como origen una marcada asimetría en la información. Dicha disparidad en la información ha sido considerada por los teóricos del derecho como

un problema que puede llegar a viciar el consentimiento del consumidor para la celebración del contrato por fuerza o error, es por ello que el legislador ha establecido deberes especiales de conducta sobre el productor y proveedor tendientes a equilibrar esa asimetría de información. Así es como los artículos 23 al 33 de la Ley 1480 de 2011 imponen una serie de requisitos sobre la información a suministrar al consumidor y unas pautas especiales a seguir al momento de emitir publicidad sobre cualquier producto y/o servicio.

Los requisitos de información se establecen entonces en el Estatuto del Consumidor con una doble función; por un lado, como un derecho de los consumidores (artículo 3 de la Ley 1480 de 2011) y como contrapartida como una obligación del empresario; utilizando esta fórmula convirtiéndola en un remedio para garantizar la libertad contractual en las relaciones de consumo. Es así como el empresario, deberá por lo menos entregar información referente a las características principales del bien o servicio, los manuales a los que hubiere lugar, las fechas de vencimiento, las especificaciones, las garantías, el precio, información sobre la identidad del productor o proveedor, así como la constancia de la transacción; dicha información deberá contar con las características enunciadas en la ley, según la cual “los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información clara, veraz, suficiente oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”¹⁴. Requisitos que debe cumplir la información que sea suministrado por cualquier medio, incluso los publicitarios.

Por lo anterior el Estatuto del Consumidor, ha distinguido entre la publicidad con información de contenido subjetivo de aquella con contenido objetivo; toda vez que reconoce las funciones y las necesidades de la publicidad en el mercado; no obstante, en aras de permitir una elección libre de vicios por parte del consumidor, a proscrito la publicidad engañosa categóricamente en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011.

Si bien en cualquier relación contractual, las partes tienen unos deberes concretos respecto a la información a suministrar; esta obligación se incrementa cuando este

¹⁴ Artículo 23 Ley 1480 de 2011

contrato se da en medio de una relación de consumo. Tanto así que la legislación en materia de protección al consumidor “considera que la publicidad tiene fuerza vinculante para quien la utiliza y queda integrada en el contrato celebrado con el respectivo consumidor”¹⁵; con lo cual la información adquiere un papel aún más preponderante en la relación de consumo, donde no solo tiene injerencia en la formación de la voluntad sino que adicionalmente se convierte en un elemento para definir el contenido mismo de la relación contractual; toda vez que se espera de “toda relación de consumo [que esta] sea en realidad una relación de confianza. El consumidor tiene derecho a confiar en que será tratado correctamente por el vendedor o empresario, y por ende, se encuentra inmerso bajo el mismo principio de buena fe que rige todas las operaciones del tráfico jurídico”¹⁶; en consonancia con los principios consagrados en los artículos 13, 58, 78 y 233 de la Constitución Política.

Dejando en evidencia así, que la ley de protección al consumidor, no solo trajo consigo una serie de derechos y obligaciones adicionales para las partes sujeto de la misma; sino que adicionalmente trajo una modificación al régimen contractual clásico de Código Civil y del Código de Comercio. Esto en la medida en que el contrato es la principal fuente de derechos y obligaciones en las relaciones de este tipo y es el marco definitorio, sobre el cual se llevan a cabo las relaciones negociales en el mercado.

Es así como surge “la necesidad de estructurar un nuevo modelo de contrato que además de enmarcar todas las previsiones de “servicios en el consumo” y de tener en cuenta la desigualdad de condiciones de las partes, tenga las características indispensables para que, (...) sirva como instrumento para proteger al consumidor y contribuir a la organización social actual”¹⁷

Es por esto que no debe perderse de vista que “el contrato es una de las instituciones más importantes del derecho privado. Su indiscutible utilidad práctica

¹⁵ Opcit. RENGIFO. Pág 56

¹⁶ Ibídem. PÁG 60.

¹⁷ LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de Derecho Privado Contemporáneo. Tomo II, Adenda. Editorial Librería Ediciones del profesional Ltda.

le pone al mismo nivel que la propiedad o la responsabilidad civil. Por medio del contrato se realizan todo tipo de actividades económicas y sociales que van desde los intercambios de bienes más elementales hasta las más complejas transacciones comerciales y financieras. Las normas contractuales organizan el comercio jurídico, protegen las expectativas creadas por las promesas y fomentan la pacífica convivencia entre los ciudadanos. El contrato es también el principal instrumento al servicio de la autonomía privada. Por este medio los ciudadanos pueden disponer libremente de su patrimonio y planificar de manera autónoma su futuro”¹⁸.

Siguiendo lo anterior, se hará un recorrido por las normas contractuales en materia de protección al consumidor, con el fin de evaluar las principales reformas que ha sufrido el régimen contractual, cuando de relaciones de consumo se trata.

En lo que se refiere a la protección contractual se tiene que en la práctica, el mercado de consumo ha llevado a sus proveedores y productores a abusar de su posición dominante en la relación contractual, estableciendo comúnmente cláusulas y condiciones que afectan la libertad de contratación por parte del consumidor, es por ello que el legislador ha determinado proscribir este tipo de condiciones dentro de los contratos de consumo, mediante los artículos 34 y subsiguientes del Estatuto del Consumidor.

Para ello se parte de la definición que nos da Lafont Pianetta sobre el contrato de consumo como “aquella especie de negocios o contratos en virtud de los cuales una persona, natural o jurídica, en calidad de consumidor o usuario, adquiere de otra, (...) a cualquier título un “bien” o servicio, en forma onerosa o gratuita, con el objeto de consumo final”¹⁹. Sobre la cual cabe advertir que el contrato de consumo se erige como una categoría contractual y no como una tipología especial del contrato. Toda vez que la normatividad sobre el contrato de consumo, abarca casi cualquier tipo contractual, desde la compraventa, la prestación de servicios, pasando por el arrendamiento, el corretaje, hasta contratos de factoring, entre otros. Es así entonces como la característica diferenciadora de estos contratos está dada

¹⁸ Opcit. RENGIFO. Pág 1.

¹⁹ Opcit. LAFONT PIANETTA. Pág 113.

por la utilización de normas especiales tendientes a equilibrar la relación entre consumidor y empresario, a través de las normas sobre interpretación e información.

La normatividad sobre protección contractual en este campo del derecho, trata diferentes aspectos; entre ellos impone normas especiales sobre la interpretación del contrato, prohibición de cláusulas, requisitos para la formación del contrato, requisitos de forma y solemnidades.

En lo que se refiere a la interpretación del contrato, el artículo 33 de la Ley 1480 de 2011 impone una regla según la cual los contratos “serán interpretados de la manera más favorable para el consumidor” constituyendo así el famoso “indubio pro consumatore”; razón por la cual los abogados deberán tener especial cuidado en la redacción de las cláusulas inmersas en este tipo de contratos y deberán redoblar esfuerzos por garantizar su claridad, de forma tal que el intérprete no pueda darle un sentido diferente al que se buscaba con su inserción en el contrato; así como que su interpretación deberá darse de acuerdo con la información y la publicidad de la que el consumidor haya sido receptor, tomando esta como una guía del querer de las partes.

En línea con lo anterior, el legislador del 2011 limita de cierto modo la libertad contractual, al prohibir la incorporación de cierto tipo de cláusulas en los contratos de consumo, por la distorsión que las mismas ocasionan o pueden ocasionar en el mercado; lo anterior lo hace mediante disposiciones generales como en el artículo 42 ibídem donde conceptualiza las cláusulas abusivas; como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derecho”²⁰; y a su vez prohíbe este tipo de cláusulas, estableciendo la ineficacia como sanción, para quienes pacten cláusulas con estas características. En contraste con lo anterior, se prohibieron ciertas cláusulas en las cuales ya no se consideran sus efectos, sino que juzga anticipadamente su desproporcionalidad; como cuando en el artículo 36 del Estatuto prohíbe las ventas atadas. Exigiendo así del jurista un especial cuidado respecto de estas limitantes dentro del poder de

²⁰ Artículo 42 Ley 1480 de 2011.

configuración y la libertad contractual; con lo cual no basta entrar a examinar las cláusulas proscritas, sino que ha de hacerse un ejercicio imaginativo lo suficientemente amplio como para considerar los efectos que pueden generar dichas cláusulas dentro de las diferentes situaciones de hecho.

Adicionalmente, el legislador ha establecido una serie de requisitos para la formación del contrato, especialmente cuando se está frente a condiciones generales o contratos de adhesión. Como se desprende de lo dispuesto en el artículo 37²¹, donde se hace exigible del empresario un deber de información aún más estricto sobre las condiciones del clausulado contractual; exige que el contenido del contrato se presente de forma concreta, clara y completa. Para finalmente imponer unos requisitos de forma sobre los contratos escritos, como que cuente con caracteres legibles y que no contenga espacios en blanco, así como estar en idioma castellano.

Las finalidades de la ley, aunque muy loables tienen poca utilidad práctica. Especialmente si tenemos en cuenta que la mayor parte de contratos de consumo se celebran de forma consensual, y aunque suelen tener un soporte documental que los respalde; no suele ocurrir que en dichos soportes se defina y estructuren las bases de la relación jurídica que se celebra en dicha operación. Con ello tanto el consumidor como el empresario quedan desprotegidos, toda vez que no cuentan con pruebas suficientes de las condiciones contractuales.

A través de los contratos escritos, se constituye la prueba de las condiciones que han de regir la relación de consumo; pues en los contratos meramente consensuales, resulta no solo difícil, sino en ocasiones casi imposible determinar

²¹ “Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos: 1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano. 2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. 3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.” Ley 1480 de 2011.

con claridad el contenido específico de las prestaciones pactadas en una relación contractual en particular.

Sin duda los contratos de consumo escritos, tienen una mayor precisión y vocación probatoria que podría servir como herramienta para equilibrar las relaciones de consumo, si el abogado logra “garantizar, (...), una comunicación fluida con el consumidor de la justicia”²² entendida esta como derecho. Es aquí donde el lenguaje cobra un papel preponderante, pues especialmente en este tipo de contratos se debe “impulsar una más diáfana utilización del lenguaje por parte de [los abogados], en aras de una mayor claridad expositiva, que, sin duda cosechará múltiples beneficios para la seguridad jurídica”²³, en la celebración de contratos y particularmente en la celebración de contratos de consumo, partiendo de la base de que el consumidor es un ciudadano del común, inmerso en un lenguaje común.

“Los textos legales se diferencian de los de otras disciplinas, no solo en su variedad y organización, sino también en la finalidad. En los textos científicos tiene prioridad la función referencial. Por el contrario, los textos jurídicos poseen finalidad normativa y su función dominante es la apelativa.”²⁴ Así como sucede en los contratos, donde las partes pretenden regular y organizar su relación a través de un documento que cuente con carácter vinculante; aspirando que los preceptos, las normas y con ello las consecuencias jurídicas que han establecido para las diferentes acciones, se transformen en la realidad del contrato.

Esto en la medida en que entendamos el contrato como una narración de hechos unidos por la relación causa efecto; hechos descritos en diferentes tiempos verbales pasado, presente y futuro; hechos previsibles e incluso algunos hechos inciertos; que tienen definida una consecuencia jurídica, producto de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, como principios que rigen el derecho privado.

EL CONTRATO DE CONSUMO Y LA NOVELA DOS NARRACIONES QUE SE UNEN

²² MUÑOZ MACHADO, Santiago. Libro de estilo de la Justicia. Espasa. Madrid. 2017. Pág XXIII.

²³ *Ibidem*. Pág XXIV.

²⁴ *Ibidem*. Pág 4.

Narrar ayuda a pensar que la vida siempre puede ser de otra manera²⁵.

Por un lado, “narrar es contar acontecimientos reales o imaginarios que ocurren en uno o varios lugares a lo largo de un tiempo y en cuya acción interviene uno o más personajes.”²⁶ Así pues, a la hora de redactar un contrato, el abogado tiene que imaginar el mundo que ha de construir con el contrato, indagar sobre las promesas que hace el empresario en la publicidad y la forma en la que este cumple con el deber de información; para con ello, crear una narrativa, donde se “[responda] con prioridad a algunas de las preguntas ¿qué?, ¿quién? ¿dónde?, ¿cuándo?, ¿cómo? y ¿por qué?”²⁷ que ayudan a darle una estructura totalizadora al texto; que concibe y a la vez crea un nuevo mundo, el mundo del texto para la relación que se reproduce en el mundo real gracias al poder transformador de las palabras.

Es así como toma gran importancia la teoría de John Austin, de “hacer cosas con palabras” lo que puede describirse como aquellos “momentos en los que el hablante expresa externamente una acción que realiza mentalmente, como si las palabras vinieran a hacer pública y manifiesta una cierta actitud espiritual”²⁸, mostrando así la fuerza perlocutiva²⁹ del lenguaje.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que “el gran secreto del Código de Napoleón es que la imaginación humana pueda buscar consecuencias jurídicas a través del contrato sin cortapisas ni ataduras”³⁰, una premisa de gran importancia por sus implicaciones para la concepción del contrato y que se retoma en este punto con el fin de resaltar su pertinencia en esta investigación. A lo anterior se suma el hecho de que el artículo 1602 del Código Civil ha establecido claramente que el contrato

²⁵ ZECCHETO, Victorino. La Danza de los Signos – Nociones de Semiótica General. Ediciones Abya-Yala. 2002

²⁶ *Ibidem*. Pág 29.

²⁷ *Ibidem*. Pág 29.

²⁸ NAVARRO REYES, Jesús. Cómo hacer filosofía con palabras. A propósito del desencuentro entre Searle y Derrida. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 2010. Pág 57.

²⁹ Existan o no existan convenciones que los justifiquen, los actos y acontecimientos que se derivan de mis palabras son efectivamente reales por sí mismos. *Ibidem*. Pág 61

³⁰ *Opcit*. ARRUBLA. 2015.

es ley para las partes, por ello cuando los abogados escriben este tipo de documentos, no hacen otra cosa diferente a legislar, esto es a crear derecho desde su fuente primigenia; por eso no basta con hacer una revisión del régimen contractual para lograr una adecuada redacción de los mismos. Para ello se deberá hacer un análisis del derecho “como (..) arte, que típicamente es hecho para ser interpretado”³¹, pues los preceptos normativos en ausencia de narración y de contextos sociales en donde materializarse pierden su trascendencia social, de esta forma solo podremos palpar su significado cuando se transforma en acción, como cuando construimos el mundo del contrato, esto es cuando las palabras cobran fuerza y se convierten en acciones, cuando estas dejan el papel y empiezan a hacer parte de la realidad, gracias a su obligatoriedad.

Por eso cuando se legisla, o en este caso en particular cuando se redacta un contrato, se debe tener presente que “el derecho debe ser realidad objetivada sometida a los derroteros de la equidad; si se desatiende la realidad al proferir la norma, se da certificado de nacimiento a un derecho obsoleto.”³² Es allí, en la aspiración de convertirse en verdad, donde el derecho utiliza el lenguaje como su herramienta principal para transformar el mundo

Es así como el derecho que se crea con los contratos, deber partir de la base de que “el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que [en] nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”³³. Pues el contrato es justamente eso, una idealización de la realidad, un planteamiento aspiracional de lo que queremos que sea, de cómo queremos que sea contada la historia de la relación jurídica que se crea a través del texto.

³¹ RAZ, Joseph. ¿Por qué interpretar?, en Isonomía No. 5, 1996 Pág 33.

³² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Teoría General del negocio mercantil. Decimotercera edición. Legis. Bogotá D.C. 2012. Pág.

³³ DWORKIN. Op. cit. Pág 11.

“La interpretación debe ser entendida como una forma de adquirir conocimiento, un conocimiento que tiene como pretensión llegar a la verdad”³⁴, de esta forma algunos teóricos han descrito “el derecho [como] un ejercicio de interpretación, no solo cuando los juristas interpretan el texto específico de una ley o documento, sino en general. La interpretación nos sirve para dar cuenta de la naturaleza o del valor de verdad de las proposiciones normativas.”¹⁴ Pero cuando nos preguntamos, cómo esta forma de concebir el derecho, interfiere en la construcción textual de los contratos; es cuando notamos el enorme significado que tiene en la práctica jurídica una definición u otra de los conceptos que usamos como base.

Por lo que, para lograr concebir una aproximación entre el derecho y el arte; es necesario comprender el derecho como un proceso interpretativo argumentativo de acuerdo con lo preceptuado por Ronald Dworkin y por Hans Gadamer; pues “el derecho es como el arte, que típicamente es hecho para ser interpretado”³⁵, de lo cual se desprende que para que el texto de la ley alcance la trascendencia social a la que aspira; requiere de un agente que le dé sentido a las palabras, convirtiendo el discurso en realidad.

Al construir el contrato, utilizamos diferentes herramientas entre ellas: el lenguaje, el régimen contractual, la imaginación y la narración; a través del contrato interpretamos la ley creada en sentido general y abstracto; para transformarla en una ley concreta y específica; que se encuentra delimitada por unos personajes con nombre propio. La escogencia del lugar donde han de cumplirse las obligaciones y que por consiguiente es factor determinante de las normas aplicables durante su ejecución. Una delimitación del tiempo que cubre la etapa pre contractual, contractual y pos contractual, un relato sobre la relación jurídica que esperamos que se forme con la aceptación de los términos contractuales. La determinación de la puesta en acción mediante la imposición de obligaciones. Y el desenlace, esto es, la relación causal entre los hechos y las acciones de lo cual resultan las consecuencias jurídicas o los derechos de los contratantes. Esta nueva ley concreta

³⁴ AGUILAR, Tatiana. Una Obra de Arte Llamada Sentencia. 2015.

³⁵ RAZ, Joseph. ¿Por qué interpretar?, en Isonomía No. 5, 1996

y específica que se instituye con el contrato, tiene la más pura intención de convertirse no solo en acciones sino también a través de la puesta en acción instaurarse como verdad; el contrato aspira a construir una realidad, mediante su fuerza perlocutiva que está dada ya no solo por la fuerza propia del lenguaje; sino que viene coadyuvada por una fuerza jurídica propia conocida como vinculatoriedad.

Esto en la medida en que “la verdad es el resultado de una construcción, es el producto de un proceso interpretativo, argumentativo y cognoscitivo que permita llegar a una versión verosímil sobre la realidad.”³⁶ Con lo cual se parte de un concepto de verdad dinámico, como el expuesto por Nietzsche, según el cual la verdad es “un ejército móvil de metáforas, metonimias antropomorfismos, en breve, una suma de relaciones humanas, las que fueron poética y retóricamente aumentadas, transferidas, adornadas y las que después de un largo uso a un pueblo le parecieron firmes canónicas y obligatorias [como] (...) ilusiones de las cuales se ha olvidado que ellas lo son, metáforas que se han desgastado por el uso y se han vuelto sensiblemente débiles (...)”³⁷. Aunque teóricamente estas concepciones de verdad, provienen de orígenes muy disímiles y son usadas de manera incluso contradictoria, lo cierto es que estas nociones de verdad nos permiten entender que este no es un concepto inequívoco y que la verdad no es una sola, que es un proceso constructivo, donde la sociedad y sus imaginarios toman un papel preponderante. De acuerdo con lo anterior, consideramos que el concepto de contrato, se encuentra irrestrictamente ligado a estas dos definiciones, toda vez, que el abogado hace uso del lenguaje y la retórica para implantar conceptos y preceptos que antes no regían a las partes y que, una vez aceptado el contrato, aspiran a hacer parte de ese mundo que fue creado por medio de la interpretación y el conocimiento. .

En línea con lo anterior, Gadamer expone magistralmente como se forma el conocimiento cuando dice que “todo comprender es interpretar y toda interpretación

³⁶ Opcit. AGUILAR.

³⁷ NIEZTSCHE, Friedrich. Sobre verdad y mentira en sentido extra moral, en Homero y la filología clásica. Trad: Jorge Castillo. Colombia, 2006.

se desarrolla en el medio de un lenguaje, que pretende dejar hablar al objeto y es al mismo tiempo el lenguaje propio de su interprete.”³⁸ Es así como el conocimiento se adquiere propiamente desde el lenguaje, ya que la comprensión y la interpretación según este autor son elementos inescindibles; como resultado de esto, se tiene que la verdad se construye desde una edificación narrativa argumentativa; como en el contrato.

Para lograr una construcción de la verdad mediante estrategias narrativas argumentativas. El contrato requiere acudir a la función de redescrición metafórica³⁹, así como a la función mimética⁴⁰, para así poder transformar con el lenguaje la realidad. Ya que la “ficción tiene ese poder de rehacer la realidad y, más precisamente en el marco de la ficción narrativa, la realidad práctica, ya que el texto aspira intencionalmente a un horizonte de realidad nueva que hemos llamado mundo”⁴¹. Un mundo que esperamos construir con el contrato, gracias a las dos funciones aquí expuesta, ya que el contrato como texto que pretende modificar la realidad, está basado en algunos hechos provenientes de la realidad que se complementan con los hechos imaginados por el artista, es decir por el abogado; hechos que pretende o que cree que se pueden dar gracias al ejercicio que en el argot jurídico se conoce como un ejercicio de pesimismo. Esta capacidad creadora le permite al abogado introducirse en el mundo de la ficción, en la medida en que su relato no debe corresponder en todo a hechos ya sucedidos; sino que por el contrario es un proyecto de mundo, donde se puede poner a prueba su coherencia y plausibilidad. “Para comprender la función poética del lenguaje de Jakobson, conforme a lo establecido por Ricoeur, y darle su real alcance, se hace sustancial entender que la “capacidad de re-descripción metafórica de la realidad es

³⁸ Ibid. Pág 467.

³⁹ Función transfiguradora o de redescrición metafórica: Trabajo con el lenguaje que consiste en atribuir a sujetos lógicos predicados incompatibles con ellos. Entonces, en lugar de ser una denominación desviada, la metáfora es una predicación extraña. (RICOEUR. Op. cit. Pág 23).

⁴⁰ Función mimética: imita la acción humana pues contribuye a remodelar sus estructuras y dimensiones según la configuración imaginaria de la intriga. Opcit. Ricoeur. Pág 26.

⁴¹ RICOEUR, Paul. Del texto a la acción – Ensayos de hermenéutica II -. Fondo de cultura económica. Buenos Aires, 2010. Pág. 26

exactamente paralela a la función mimética⁴² que se ha atribuido a la ficción narrativa.”⁴³

En aras de lograr esa transformación del discurso en realidad, no se demanda del derecho simplemente operadores capaces de interpretar su contenido; sino que se requiere de juristas capaces de elaborar el discurso de la acción, esto es un discurso que cobra sentido cuando comunica, de acuerdo con lo preceptuado por Paul Ricoeur y con la corriente que tiene origen en las Investigaciones Filosóficas de Ludwig Wittgenstein, donde se encuentra en el lenguaje de la acción; el lenguaje ideal para describir tanto los movimientos como los acontecimientos.

“La acción se presenta entonces como cadena, encadenamiento, concatenación”⁴⁴; que requiere como hilo conductor el carácter temporal propio del acto de relatar; esto en la medida en que todo lo que ocurre en el tiempo puede ser relatado y todo lo que tiene la capacidad de ser relatado ocurre en el tiempo.

Es por ello que Ricoeur asegura que “existe una unidad funcional entre las múltiples modalidades y géneros narrativos, marcada por su carácter temporal el cual está dado por el acto de relatar, donde se articula y clarifica la cualidad común de la experiencia humana como acción”⁴⁵. A partir de esto que se entiende como relato toda creación textual tendiente a crear para el lector la cosa o el mundo del texto⁴⁶. Ese nuevo mundo creado por el texto busca un estado de integridad tal del relato, que este es expuesto como un todo que aspira convertirse en real, logrando proyectarse en una esfera capaz de superar el mero texto.

La obra entonces tiene aspiración de ser integra y completa, de ser un mundo, el mundo del texto; donde se condensan un sinnúmero de posibilidades, se les da estructura, se describen como realidad y se encaminan a edificar a través de un proceso, donde el discurso de la acción, no es otra cosa que la representación a

⁴³ Opcit. AGUILAR.

⁴⁴ Ricoeur, P. (1977). El discurso de la acción. Madrid: Ediciones Catedra

⁴⁵ Opcit, RICOEUR. 2010.

⁴⁶ El mundo de la ficción, en esta fase de suspenso, no es más que el mundo del texto, una proyección del texto como mundo. *Ibíd.*

través del lenguaje del mundo. En línea con lo anterior, se hace necesario entender el texto, como el elemento capaz de sintetizar el lenguaje y transformar el discurso lingüístico de acto de habla, en un acto racional, perdurable y probatorio; caracterizado por ser una “expansión de la primera unidad de significado actual que es la oración, o instancia de discurso en el sentido (...) Por otro lado, aporta un principio de organización transracional que es aprovechado por el acto de relatar en todas sus formas”⁴⁷ como unidad lingüística.

En definitiva, aquí no podemos hablar simplemente de géneros literarios en sentido amplio y, menos aún de un lenguaje inespecífico que permite la construcción y creación del mundo del texto. Pues al hablar del discurso de la acción, los teóricos han sido claros en el género literario y el tipo de lenguaje que el escritor debe utilizar para lograr esa reconfiguración o transfiguración de significados propios de las creaciones; esto es, el género narrativo y el lenguaje poético.

Así es como Ricoeur, rescata de entre los géneros literarios, al género narrativo como “aquel capaz de plasmar, cohesionar y esclarecer la experiencia temporal”⁴⁸; así como busca en Aristóteles el lenguaje poético, entendido este como la disciplina que trata de las leyes de composición que se sobreañaden a la instancia de discurso para conformar un texto, que se considera como relato, poema o ensayo.

Para la redacción de estos textos narrativos se requiere de la aprehensión de conceptos como el de la función mimética expuesto en la poética de Aristóteles y desarrollado más adelante por Ricoeur; según el cual la ficción narrativa, imita la acción humana, pues contribuye a remodelar sus estructuras y dimensiones según la configuración imaginaria de la intriga; es así como el texto narrativo abre la posibilidad al autor de imaginarse un sinfín de posibilidades, sobre consecuencias buenas y malas fruto de la relación de causalidad del texto; concebir el mundo del texto, le permite considerar no solo las consecuencias y las causas de la relación negocial y comprender el texto como un todo; sino que además le permite

⁴⁷ *Ibidem*. Pág 27.

⁴⁸ *Ibidem*.

comprender la capacidad del texto para modificar el mundo y convertirlo en el querer ser, a través de la posibilidad de reconfiguración.

“Ser mundo, entra en colisión con el mundo real, para rehacerlo, sea que lo confirme, sea que lo niegue. Pero aun la relación más paradójica del arte con la realidad sería incomprensible si el arte no descompusiera y no recompusiera nuestra relación con lo real. Si el mundo del texto no tuviera una relación consignable con el mundo real, entonces el lenguaje no sería peligroso.”⁴⁹

Un texto artístico requiere entonces un referente en la realidad, pero este referente está en ruptura con el del lenguaje cotidiano. No obstante; “mediante la ficción y la poesía se abre en la realidad cotidiana - de ser en el mundo – ficción y poesía se dirigen al ser, no ya bajo la modalidad del - ser dado – sino bajo la modalidad del poder ser”⁵⁰. Con ello se abre la posibilidad del escritor de imaginar lo mejor que puede ser, lo mejor que espera que sea y lo mejor que la sociedad quiere ver; permitiéndole al abogado imaginar los diferentes mundos posibles, ya que el mundo de la ficción le otorga el espacio propicio para recrear, para maquinar y contemplar los diferentes mundos posibles; esa posibilidad que brinda la ficción, de alejarse de la realidad sin perder su referente le da un nuevo sentido a la función simbólica; donde esta sobrepasa la esfera social, para convertir a la realidad social en esencialmente simbólica.

El mundo del texto, no solo es peligroso, sino que se debe erigir como la herramienta más fuerte y poderosa de transformación del mundo, del mundo que ha sucedido, sucede y sucederá en el tiempo; el relato entonces permite convertir el mundo del texto, en un relato donde aparecen elementos sobre lo que ya fue, sobre el ser, sobre el deber ser y particularmente sobre el querer ser.

Por otro lado, el discurso poético aporta al lenguaje “aspectos, cualidades y valores de la realidad, que no tienen acceso al lenguaje directamente descriptivo y que no solo pueden decirse gracias al juego complejo del enunciado metafóricos y de la

⁴⁹ Ibídem. Pág 79.

⁵⁰ Ibídem.

trasgresión regulada de los significados usuales de nuestras palabras”⁵¹; para ello es fundamental el uso de la metáfora como proceso de asimilación mediante el lenguaje y no como una mera figura retórica incapaz de describir la realidad. Entonces la concepción de verdad debemos dejar de “limitarla a la coherencia lógica y a la verificación empírica, para que pueda tomarse en cuenta la pretensión de verdad vinculada con la acción transfiguradora de la ficción.”⁵².

En línea con lo anterior, se puede hacer uso de la innovación semántica, condensada por Ricoeur en la teoría de la metáfora, que tiene como principal exponente los conceptos de la función transfiguradora o de redescrición metafórica. Como herramienta para lograr a través del lenguaje poético una traducción o una redescrición de los símbolos, que le facilite al lector comprender la obra. Para ello, se entiende la función transfiguradora como la “operación sintética de acercamiento, (...) esa competencia, esa capacidad de producir nuevas especies lógicas por asimilación predicativa y producirlas a pesar de – y gracias a – la diferencia inicial entre los términos que se resisten a la asimilación”⁵³, esta se caracteriza por su pretensión de convertirse en realidad y por su inmanente relación con la ficción narrativa y la función poética del lenguaje ligada a esta, en los términos de la Poética de Aristóteles y lo expuesto por Roman Jakobson sobre la función poética.

Especialmente teniendo en cuenta que el enunciado metafórico le permite al artista fusionar y construir relaciones por asimilación entre conceptos que aparentemente no tienen una similitud lógica, permitiendo que entre en juego la capacidad creativa del escritor, así como su capacidad “para percibir lo semejante”⁵⁴. Con lo cual el escritor puede adoptar ya sea del lenguaje común o del lenguaje especializado o técnico de las diferentes disciplinas involucradas en el relato para tipificar dentro de sus conceptos ciertos símbolos o acciones; que requiere elementos adicionales a la simple apariencia lógica para definirse o adjudicarse.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Opcit.* RICOEUR (1997). Pág 27.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Opcit.* Ricoeur (2010).

Por su parte, la función poética pone el acento en el mensaje *for its own sake* (“por sí mismo”) a expensas de la función referencial. El lenguaje se celebra a sí mismo en el juego del sonido y del sentido. El primer momento constitutivo de la referencia poética es pues esta suspensión de la relación directa del discurso con lo real constituido, descrito ya con los recursos del lenguaje ordinario o del lenguaje científico”⁵⁵

Esta función del lenguaje, no solo permite la asimilación, sino también la creación de símbolos como imágenes, permite en el lector la concepción del mundo del texto no solo en palabras desarticuladas; sino en una serie de imágenes concatenadas por una cadena de causalidad otorgada por la narrativa; donde el artista logra unir los pequeños acontecimientos formadores de la acción; a su vez el género narrativo, exige la coherencia del texto y para ello además de la causalidad concordante, requiere de los motivos que justifican la causa.

La literatura y el derecho tienen su razón de ser en el contexto en el que operan, dependen de factores como la cultura, la economía, la política, la religión y la sociedad en general. Pero si indagamos más a fondo encontramos que esto ocurre en parte, porque estas dos disciplinas están atravesadas por el lenguaje; toda vez que “las palabras son como herramientas porque adquieren su significado una vez que se utilizan, y admiten diferentes usos.”⁵⁶ Con lo cual, las palabras solo cobran sentido en la praxis y sin duda alguna la práctica del derecho solo cobra vida a través del lenguaje; el cual debe ser manejado de manera magistral a nivel tanto comunicativo como textual. De este depende el mensaje que se trasmite, la claridad que este tiene y especialmente la comprensión que puede tener el destinatario.

De lo cual se desprende que tanto el derecho como el arte son prácticas sociales, que de forma constante esperan lograr un cambio significativo en la sociedad; que se logra a través de una redefinición de las palabras donde el mundo y sus

⁵⁵ Jakobson, Tinianov, Eichenbaum y otros. (1970). Teoría de la literatura de los formalistas rusos. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

⁵⁶ CARMONA. Carla. La Consciencia del Límite – Wittgenstein. Bonaletra Alcompas, SL. Madrid. 2015. Pág85.

significados se transformen de forma constante. “Con todo derecho y literatura sí se imbrincán a una función social indiscutible y común a través de su fundamento en el mito (mythus)⁵⁷; en ambas creaciones humanas la función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de dar sentido al desorden de la experiencia; la institución jurídica otorga sentido reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una promesa de sentido frente al desconcierto de la experiencia.”⁵⁸ Pero en el contrato se mezclan el deseo, la promesa y la concreción del orden mismo, donde el derecho y la literatura dejan de estar en un punto de asimilación para convertirse el uno en el otro; para lo cual la literatura podría ser transformada en una herramienta al servicio del derecho; no como una subordinación de una disciplina frente a la otra, sino más bien como parte de un trabajo colaborativo e interdisciplinario.

EL CAMINO HACIA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO

Para los efectos de esta investigación se presentará el análisis literario como una de las herramientas que el abogado puede utilizar para interpretar y construir contratos; la utilización de esta herramienta implica la utilización de algo que para los efectos de este escrito denominaremos ingeniería inversa; ingeniería inversa pues la literatura no parece tener una metodología definida, lo que complica de manera sustancial definir las herramientas que el abogado puede tomar del literato. Y el análisis literario resulta ser la manera ideal de descubrir los elementos esenciales a una novela; esos elementos que permitan al artista recrear un nuevo mundo, “el mundo del texto”,

En la medida en que en ocasiones se ha considerado que para los escritores “la verdadera responsable de sus obras es la libertad de su intuición creadora y no la

⁵⁷ “La función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de dar sentido al desorden de la experiencia; la institución jurídica otorga sentido reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una promesa de sentido frente al desconcierto de la experiencia” en: José Calvo González derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional. Universidad de Málaga. En: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/literatura-instrumental-estructural-42885443>

⁵⁸ José Calvo González derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional. Universidad de Málaga. En: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/literatura-instrumental-estructural-42885443>.

racionalización de unas técnicas o procedimientos”⁵⁹. Las técnicas y procedimientos generales y preestablecidos no han sido utilizados ampliamente en la literatura. Sin embargo, la habilidad de los escritores para crear y su concepción sobre la obra como una totalidad, le permiten construir de manera magistral estas obras de arte. No obstante, que el escritor de novelas no requiera de la planeación pormenorizada y la definición previa de los elementos que usara para la creación de su novela; no quiere decir que quienes aprecian la literatura, no hayan descubierto las bases metodológicas sobre las cuales esta cimentada y han encontrado en el análisis de las formas y de los contenidos propios del análisis literario la herramienta perfecta para descubrir los principios sobre los cuales se cimienta la novela, mediante el razonamiento de su estructura, función y operación.

Es por esto que, para los efectos de esta incipiente propuesta, se recorrerá el camino del escritor en la vía contraria; para dejar en evidencia la importancia que tiene para cualquier escritor sea novelista o abogado concebir una estructura mental sobre su texto. Por ello, ahora no se utilizará el análisis literario en su forma tradicional, esto es para indagar sobre la obra literaria ya publicada; sino transgrediéndola plenamente, utilizando las herramientas del análisis literario para construir la obra del contrato.

Por más que el contrato exista en el imaginario de la sociedad como un concepto ligado a la realidad; esto no quiere decir que el abogado – escritor no deba utilizar para su redacción herramientas de la ficción y sobre todo de la imaginación. Pues como se ha venido explicando el contrato no se limita a describir hechos que ya sucedieron, pues perdería su utilidad práctica en caso de ser creado cuando la relación negocial en la cual se basa ya ha concluido. El contrato es entonces ese primer acto con el que ha de crearse el negocio jurídico, con lo cual más que un acto declarativo, es un acto constitutivo y en esa medida se proyecta como “(...) un todo continuo, (...) [que] conocemos en la forma en la que lo leemos: esto es, con una palabra inicial y una palabra terminal”⁶⁰.

⁵⁹ MACIAX, Luis Fernando. El Taller de Creación Literaria. Editorial Panamericana. Bogotá D.C. 2016. Pág 68.

⁶⁰ Opcit. MACÍAS. Pág 69.

Para esto el autor o más bien el abogado, debe interpretar y analizar la relación que subyace al contrato; teniendo en cuenta que “interpretar es principalmente una traducción de un lenguaje a otro con el propósito de atribuir un sentido al lenguaje o signo originalmente consultado”⁶¹. Redactar un contrato entonces es interpretar de manera conjunta tanto el querer de las partes como las normas, para ordenarlas, darles sentido y especialmente para lograr que esa relación que se crea tenga efectos jurídicos. Es así como el jurista deberá traducir al lenguaje contractual, una serie de hechos, condiciones, presupuestos y consecuencias; que han sido transmitidas a él mediante diversos juegos del lenguaje⁶², esto es mediante el lenguaje publicitario y técnico del empresario, mediante el lenguaje común del consumidor y por supuesto no podía faltar, mediante el lenguaje jurídico propio de las normas que regulan y le dan fuerza al contrato. La conjunción de todos estos diferentes lenguajes que, aunque en apariencia son uno solo, le da al abogado una multiplicidad de contextos y de juegos que debe comprender y saber diferenciar para poder traducirlo adecuadamente, pues “los abogados estamos entrenados a apartarnos del sentido común, a suspender las implicaturas conversacionales y los contextos lingüísticos para privilegiar la rigidez (...), [por lo cual] los abogados acudimos a redactar las leyes y los contratos con frases largas. El derecho se entiende cada vez más cercano a un lenguaje excepcional”⁶³

Es así como el conocimiento especializado y la formación del abogado, lo puede llevar a redactar los contratos en un lenguaje cargado de tecnicismos e inaccesible para las partes; pero esto no obsta para que perdamos de vista que “el derecho habita en y a través del lenguaje. Esa es su morada, el lugar donde comunica sus deseos para realizar sus fines”⁶⁴. Lo que inmediatamente nos lleva a pensar que el abogado entre otras cosas debe convertirse en un experto del lenguaje, y en este

⁶¹ PARRA HERRERA, Nicolás. Temperamentos Interpretativos. Legis, 2018. Bogotá D.C. Pág. 1.

⁶² Concepto teorizado por Ludwig Wittgenstein y descrito por Pierre Hadot así: “es la actividad, la situación, lo que da sentido a lo que se dice, es el contexto concreto en cual se pronuncia una frase [...]” (PIERRE, Hadot. La Filosofía Como Forma de Vida. Conversaciones con Jeanine Carlier y Arnold I. Davidson, Barcelona, Ediciones Alpha Decay, 2009. Pág 200. En: PARRA HERRERA, Nicolás. Temperamentos Interpretativos. Legis, 2018. Bogotá D.C. Pág. XXVI.

⁶³ Opcit. PARRA, N. Pág 69.

⁶⁴ Ibídem. Pág 56

proceso es preciso que como todo literato piense en a quien dirige su obra y quienes van a ser sus lectores. Para lo cual debe partir de la base de que el contrato debe considerar como lectores principales a las partes, pero debe tener siempre presente que otro de sus posibles lectores es el juez; por ello no es suficiente redactar un contrato en lenguaje jurídico exclusivamente, pues así el consumidor y probablemente el empresario no lo entenderían; pero menos viable aún, resulta escribir el contrato en un lenguaje común apartado totalmente de las nociones del derecho. Es por esto que el abogado debe construir el contrato utilizando como herramienta la función poética del lenguaje descrita anteriormente, para crear un nuevo juego del lenguaje que gire en torno a la construcción del contrato como obra de arte; en la cual deberá lograr una simbiosis entre los diferentes juegos del lenguaje que tienen lugar dentro de la relación jurídica de forma tal que logren traducirse en un texto comprensible para el empresario, el consumidor y el juez, para lo cual deberá usar la redescrición metafórica.

Sin embargo, esto solo es comprensible cuando logramos concebir que “el derecho contractual consiste en crear mundos imaginarios y paralelos al mundo real⁶⁵. Las partes que celebran un contrato crean ese mundo imaginario en las estipulaciones contractuales y se comprometen –y obligan- a que ese mundo imaginario se fusione con el mundo real, es decir, que el mundo imaginario se haga realidad”⁶⁶. Justo como ocurre con las obras literarias, solo que el derecho cuenta inmanentemente con la posibilidad de traspasar las fronteras del texto convirtiéndose en acción, no ya a través de los imaginarios de los lectores a través de los cuales cobra vida la obra literaria, sino a través de la puesta en realidad.

Esto solo se logra, si el abogado entiende de manera anticipada su rol dentro de la creación de la obra. Toda vez que quien redacta el contrato no es precisamente su autor, sino más bien el narrador. Esto en la medida en que, el autor en el caso de este tipo de contratos es el empresario el cual define las condiciones de adquisición de los productos o servicios. El juriconsulto, se presenta entonces como un

⁶⁵ BURTON, Steve J. Elements of Contractual Interpretation. Ney York, Oxford University Press. Pág 3.

⁶⁶ Opcit. PARRA, N. Pág 83.

narrador omnisciente que toma la figura de un dios, capaz de observar el mundo del contrato y pronosticar el futuro, se erige entonces como el encargado de contar la historia, de relatar lo que el autor quiere expresar a través de su obra, de prever lo que pasará durante el inicio, nudo y desenlace y con ello habrá de identificar las acciones del mundo externo que puedan interferir con su obra, de forma tal que pueda usarlas para su interpretación.

Al redactar contratos creamos normas a través de un esquema de interpretación que le asigna consecuencias jurídicas a los hechos que traduce, de acuerdo con lo expuesto por Hans Kelsen⁶⁷. “El lenguaje tiene una estructura problemática para comunicar significados de forma clara”⁶⁸, lo cual ocurre por la textura abierta del lenguaje que lo hace indeterminado e incluso oscuro pero sobre todo debe traducir la relación que las partes o en el caso de los contratos de adhesión, la relación que el empresario está dispuesto a ofrecer al público en general; con el fin de construir el texto que dará vida a un nuevo mundo o lo que es lo mismo a una nueva relación jurídica. Para esto se debe recordar que ese texto donde quedan plasmadas las condiciones contractuales; tiene la aspiración inmanente de transformarse en acción; por lo cual se debe tener presente que “cualquier curso de acción se origina en antecedentes y se prolonga en consecuencias”⁶⁹; por lo que la estructura de las cláusulas contractuales deberán contar con la estructura de causa efecto, pues con ellas lo que se pretende es definir u otorgar consecuencias jurídicas a los hechos.

En la medida en que el contrato tiene dentro de sus principales finalidades la de dar un orden al negocio jurídico, podemos decir, que este podría utilizar la trama como una de las herramientas para lograr dicho fin. Esto, en la medida en que “la trama organiza los incidentes y episodios de manera que satisfagan estéticamente la expectativa del lector. Evita disgresiones, cabos sueltos, vaguedades. Es una hábil selección de detalles significativos”⁷⁰. Que le permite al jurista comprender el contrato como un todo, esto es donde “el significado de las cosas no se reduce a la

⁶⁷ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa. México, 2009.

⁶⁸ *Ibidem*. Pág 56

⁶⁹ Anderson, E. (1992. Teoría y técnica del cuento. Barcelona. Ariel. En: MACÍAS, Luis Fernando. El Taller de creación Literaria. Editorial Panamericana. Bogotá D.C. 2016. Pág 68.

⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 68.

sumatoria de sus partes, sino también a la forma como las partes se relacionan entre sí [..]. Por más de que sus componentes constitutivos son los mismo, su organización tiene un efecto en su significado”⁷¹; con ello debemos retrotraernos a la estructura más simple del texto narrativo que se divide en inicio, nudo y desenlace, tal y como plantemos que se distribuya el contrato en sentido general.

Con el fin de profundizar en el tema, entraremos a analizar las técnicas de redacción de contratos expuesta por Atilio Alterini en su libro como redactar un contrato, acercándonos a la estructura general del contrato a la vez que dilucidamos su relación con las obras literarias y con la estructura básica del relato.

Para redactar un contrato de consumo, el jurista deberá entonces utilizar el método utilizado tradicionalmente para el análisis literario, utilizándolo para definir de manera previa la estructura retórica o meta estructura del texto, para con ello idear de manera previa a la redacción, los elementos concomitantes que tienen que dar sentido, coherencia y orden a la obra.

De esta forma el artista (abogado), deberá indagar sobre el contexto y la biografía del autor; contrario a lo que sucede en los contratos que se negocian libremente, de los contratos de adhesión de que trata este artículo, el redactor no podrá utilizar las cláusulas comunes donde se dejan plasmados en el contrato los antecedentes relevantes de la situación jurídica y que sirven como base para la interpretación posterior que debe hacer el juez sobre el contrato. En los contratos de condiciones predispuestas, donde el consumidor no puede discutir las cláusulas y estas han sido elaboradas previas a cualquier acercamiento entre las partes; el abogado deberá indagar de manera exhaustiva sobre la información y la publicidad que el empresario ha entregado al consumidor, con el fin de delimitar la oferta pública que se viene haciendo de ese bien o servicio, así como deberá indagar sobre la real voluntad del empresario y las condiciones que harían de la celebración del contrato un negocio jurídico viable. Prima facie, podríamos creer que con esto la función del abogado esta reducida a plasmar unas condiciones beneficiosas para el empresario; no obstante lo anterior, creemos que el abogado en su calidad de narrador omnisciente

⁷¹ Opcit. PARRA, N. Pág. 135.

debe buscar plasmar en el documento la intención del consumidor, pues si el contrato no logra transmitirla perderá de vista el fin último de su celebración, el cual es, que produzca efectos jurídicos, esto en la medida en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades. Para ello, el jurisconsulto acudirá a la publicidad y al lenguaje usado por esta, donde encontrará cuando menos las causas y motivos que impulsaron al consumidor a celebrar el contrato, especialmente teniendo en cuenta el valor asignado a la publicidad en el estatuto del consumidor. Para ello aprovechará el doble discurso del empresario, que se divide en aquel propuesto por el área de marketing que se hace público, mediante el cual el consumidor toma la “decisión de compra”; y el lenguaje técnico y de confianza con su abogado asesor donde se manifiestan los verdaderos intereses de la compañía.

Seguido de esta etapa, el abogado artista deberá seleccionar un tema. En el derecho al igual que en la literatura, aunque existen unos temas recurrentes, lo cierto es que estos son inagotables y dependen de la capacidad imaginativa del autor y su interprete. Aquí en la selección del tema, el abogado deberá seleccionar la tipología contractual a utilizar, para lo cual tiene un catálogo de posibilidades en los contratos típicos definidos por la ley y en los contratos atípicos de uso frecuente desarrollados por la doctrina, los cuales le servirán de margen para la elaboración del contrato; ya que de la definición de este aspecto se desprenderá la normativa aplicable al contrato en particular, así como la definición de sus elementos. Sin embargo, este catálogo del que puede servirse el abogado no limita de forma alguna su capacidad creativa ni la del empresario; quienes podrán diseñar un contrato con elementos propios, los cuales han de desarrollarse en el texto del contrato, justo como sucede en la novela donde el argumento central de la obra gira en torno a un tema que se entiende superpuesto a la obra misma.

Como bien lo expresa Alterini, la redacción de un contrato deberá partir de que el abogado conozca los elementos propios de este. Para la cual deberá diferenciar los elementos de la esencia, de la naturaleza y los meramente accidentales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1501 del Código Civil donde se establece que “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto

alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”⁷²

Dentro de los elementos esenciales del contrato, se distingue entre los generales y los particulares. Por un lado, los generales están compuestos por los requisitos de forma y los presupuestos de validez del contrato; como lo son la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y causas lícitas. Y por otra parte, los elementos particulares que se encuentran ligados al objeto del contrato como lo son la cosa y el precio en el contrato de compraventa, los cuales deben ir de la mano, de forma concordante, con los demás elementos.

De esta forma el autor deberá identificar de forma previa quienes son los personajes, o en este caso de forma más precisa quiénes son las partes, pues estos son los encargados de determinar el rumbo de la obra, ya que son estos con sus acciones quienes expresan el verdadero ser de las narraciones; estos personajes, así como otros elementos de la obra van a tener uno u otro carácter dependiendo del tema o el tipo seleccionado.

Luego el autor debe seleccionar el lugar de celebración del contrato, así como definir el lugar de cumplimiento de cada uno de las obligaciones, con ello no solo se determina el espacio físico y se delimita el mundo donde se pone en marcha la obra, sino que además determina las normas que tendrán injerencia en la celebración, ejecución y terminación del contrato. Encontrando así el peso que la selección del ámbito pueda tener en el fondo de la obra y la determinación de las conductas a seguir por los personajes.

Con el análisis sobre los contenidos que la obra debe plasmar, el abogado entonces podrá determinar si el contrato que ha de redactar, cuenta con los elementos

⁷² Código Civil Colombiano. Legis. Bogotá D.C. 2017.

generales que son de su esencia y sin los cuales no tendría sentido alguno celebrar un contrato.

En lo que se refiere al análisis de las formas, el contrato debe partir de un lenguaje que alcance un nivel descriptivo suficiente, como para hacer la obra materializable y garantizar un contenido tangible que se convertirá en acción.

Así pues, el autor deberá determinar los espacios y los tiempos con toda claridad, de forma tal que su descripción permita por un lado delimitar las acciones o las obligaciones y derechos de las partes y por el otro le permita al lector entender el relato como una narración con un orden lógico y cronológico para lo cual deberá definir cuando el tiempo actúa como distancia y cuando como duración de acuerdo a lo pregonado por Alterini.

En línea con lo anterior, el contrato debe contar con las partes básicas de cualquier relato, entonces deberá contar con un título que debería darle al lector un indicio del contenido del texto, luego tendrá un encabezado con la designación de las partes que podría ser parte de la introducción donde el autor nos presenta los personajes y establece los presupuestos para la elaboración del mundo del texto, Allí el autor deberá incluir por lo menos los nombres de las partes y la forma en la que serán designados durante el texto, los documentos de identificación, el domicilio y sus representantes cuando hubiere lugar a ello.

Luego ha de presentar el objeto del contrato que delimitará la obra, junto con las obligaciones y derechos de las partes, con lo cual se desarrollará el nudo de la obra, como cuando el literato pone las acciones en juego para llevar la trama a su punto más álgido; allí es donde se desarrollara la mayor parte del clausulado, donde se definirá además del objeto, el alcance y las obligaciones principales, las garantías, los derechos, las obligaciones accesorias, el precio, las reglas de interpretación e integración, el particular derecho de retracto contemplado para los contratos de consumo, la regulación de la responsabilidad, las cargas fiscales, la calidad, la idoneidad y los métodos de solución de controversias (dentro de los cuales se debe incluir el agotamiento de la vía empresarial para acudir a la jurisdicción); esto de

manera enunciativa pues las particularidades de cada contrato pueden requerir según el tipo de clausulados, más extensos o incluso más limitados.

Y como toda obra narrativa el contrato deberá contar con un desenlace, este deberá tomar dos sentidos entonces, uno en el sentido de las disposiciones finales, donde deberá estipularse el domicilio contractual, el lugar de notificaciones, el lugar y la fecha de celebración y las causales de terminación; estas últimas serán el otro sentido que debe dársele al desenlace y es la previsión anticipada de las formas en las que se puede poner punto final a esta historia hecha obra de arte.

El arte y en especial la literatura le permitirían al abogado no solo establecer mejores estructuras y diseños para la construcción del texto; sino que instauran en el una nueva forma de concebir el mundo y particularmente de entender el texto como un producto de la interpretación de los mundos imaginarios que pretendemos recrear; además le otorga a través del distanciamiento de la ficción un espacio seguro para imaginar y predecir el efecto que pueden tener sus palabras en el mundo; así como le permite al abogado reconciliarse con el sentido común y buscar en el alternativas a sus propuestas de mundo. Que nos permita “al escribir proponernos, no que alguien pueda llegar a entendernos, sino que nadie pueda dejar de entendernos”⁷³. Especialmente cuando hablamos de contratos de consumo donde el contrato así concebido, deberá ser puesto al servicio del principio de igualdad para soslayar a través de este las marcadas diferencias existentes y reconocidas por la legislación entre el empresario y el consumidor.

Así mismo, el abogado no debe perder de vista que la “percepción poética del mundo y de la vida proviene de la viciosa y estremecedora visita a los predios de la buena literatura. De ella se obtiene, de modo inconsciente una visión palpitante y viviente de la realidad, de ella se aprende a desconfiar sistemáticamente del universo de hormigón impuesto por las convenciones, ella crea en quien la frecuenta ciertos ímpetus de libertad frente a los esquemas de la razón. Ella despierta un abierto malestar frente a las prohibiciones, los cánones, los dogmas y las rigideces

⁷³ ALTERNI, Atilio. Como Redactar un Contrato. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires. 1998. Pág 20.

morales”⁷⁴. A partir de esto, se nos pone de presente un mundo posible que expone la libertad en su máxima expresión; gracias a la literatura y particularmente a la novela ya que extrae de la ficción la opción de crear sobre la órbita del querer ser, sobrepasando el ser de la angustiosa realidad y el apabullante deber ser del derecho y es precisamente por esto, que su relación con el contrato de consumo toma un significado particular.

CONCLUSIONES

Para lograr que el contrato de consumo celebrado por adhesión tenga la potencialidad de ser una herramienta efectiva para garantizar la tan anhelada igualdad en las relaciones de consumo, se requiere que el contrato sea concebido como una creación artística, que adquiere forma gracias a una particular concepción del derecho – el derecho como práctica social. De allí, se deriva que el contrato no es un simple escrito, sino el resultado de un proceso constructivo que utiliza como base la interpretación, la relación de causalidad y la argumentación, por un lado; y por el otro, el conocimiento, la verdad y la igualdad para convertirse en texto; con lo cual se espera que el abogado con el contrato que redacta sea capaz de transformar la realidad.

Esta transformación, en términos literarios, en una transgresión de significados, que, en la redacción del contrato, debe buscar exteriorizar una versión del derecho capaz de rehacer la realidad y dicha versión, a su vez, debe propender por ser capaz de mostrar al derecho como la mejor versión de sí mismo. Para lo cual se hace significativo tomar de la novela los elementos lingüísticos que permiten que la obra de arte sea asequible para la población, con lo cual se tiene que el lenguaje poético actúa como un traductor del lenguaje especializado del derecho, particularmente en este caso donde el abogado deberá condensar en un solo texto, un discurso dirigido al empresario, el consumidor y el juez, que en la cotidianidad se encuentran inmersos en diferentes juegos del lenguaje. En efecto, se considera que el lenguaje comprensible de la novela, permite crear una transformación del discurso en acto. Como consecuencia de lo anterior, se realizó un incipiente planteamiento donde la

⁷⁴ 48NANCLARES, Andrés. Los jueces de mármol. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011. Pág 29.

creación del contrato parta de una estructura similar a un análisis literario, es decir, del mundo sobre el cual se va a referir el texto. De igual manera, se plantea que la forma de construcción del enunciado metafórico, debería ser la misma que el jurista use para la construcción textual del contrato.

Esta investigación deja en evidencia no sólo la posibilidad de relacionar dos fenómenos que en apariencia se encuentran en total desconexión como lo son la literatura y el derecho; sino que también permitió elaborar una propuesta, aunque incipiente, de la construcción del contrato como obra de arte, donde el uso de las formas del lenguaje sirva como arma contra la desigualdad y permita convertir en realidad la protección especial que el legislador le ha otorgado al consumidor. Aquí entonces se plantea que la construcción del contrato debe hacerse con fundamento en los elementos del análisis literario, para que así la obra de arte creada por el abogado, tenga la capacidad de mostrar una mejor versión del derecho. Adicionalmente, se plantea como metodología para traducir de los diferentes juegos del lenguaje al lenguaje del contrato de consumo, el enunciado metafórico, por ser un proceso de asimilación.

En consonancia con lo anterior, y en aras de maximizar la protección de los derechos del consumidor, el abogado debe concebir el contrato de consumo, como una herramienta de construcción social de la realidad; para la cual la creación textual del mismo, exige del jurista el pleno uso de sus habilidades y destrezas como profesional en derecho, aunado a la “forma de vida”, creatividad e imaginación del artista; logrando plasmar en el contrato la historia de la relación de consumo que las partes desarrollaran, mediante el discurso de la acción, que ha de transforma las palabras en realidad.

El contrato debe ser tenido entonces como un elemento transformador del mundo, que implanta en la realidad una nueva relación jurídica; por lo cual se propone presentarlo como un texto narrativo que tiene comienzo, desarrollo y fin; un texto que crea una historia, que contempla un mundo alrededor de esta y que quiere instaurar una forma de vida particular; caracterizada por ser integra y completa

mediante una concatenación de hechos, sueños, aspiraciones, intriga, trama, juegos y símbolos.

Adicionalmente el contrato debe plasmar en un solo texto, un dialogo entre las partes, a la vez que un discurso propio de la labor jurídica; con el cual implantar una nueva realidad delimitada en su creación, ejecución y terminación por las cláusulas contractuales y que debe interpretarse y completarse tanto con la ley, como con la publicidad e información subyacente a la relación negocial; tal y como se hace con el contexto y la biografía del autor en el análisis literario.

Esta relación entre múltiples sujetos o personajes como le llamaríamos en la literatura; necesita de técnicas especiales de redacción para lograr su real inclusión como actores activos de ese nuevo mundo creado por el e texto; por ello la narrativa se constituye como elemento integrador de los hechos y las pretensiones de la relación causal, especialmente cuando hablamos de relaciones de consumo que están caracterizadas por la notoria asimetría entre las partes. De este modo la literatura se transforma en el vehículo por excelencia para proteger al consumidor medio a través de la libertad que brinda el arte.

Razón por la cual creemos que no hay un mejor escenario para desarrollar las ideas aquí expuestas que el académico, especialmente en las aulas de clase universitarias. Esto, en la medida en que concebir el derecho como literatura, requiere de una educación jurídica que incursione en la multi disciplinariedad, de forma tal que le permita al abogado adquirir una forma de pensamiento particular ligada a la literatura. Es así como la constante lectura de textos narrativos, sumado a un taller literario le permitirán al estudiante de derecho hacer de manera natural las conexiones que aquí planteamos, mediante la aprehensión de un conocimiento que requiere de un proceso educativo profundo, donde el abogado encuentre en la literatura una herramienta que pueda asimilar de forma tal al derecho que los convierta en uno solo. Sin embargo, es importante tener presente que no basta con introducir en el pensum una clase de literatura, pues para que esta pueda ser utilizada y logremos ver el derecho como literatura, particularmente los contratos como literatura; lo que se requerirá, es introducir de manera transversal una

aproximación teórica y práctica a la literatura, dentro de la estructura de las clases de contratos y obligaciones; para con ello crear nuevas asimilaciones y nuevos puntos de contacto, para quienes han de redactar textos jurídicos y muy especialmente contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Tatiana. Una Obra de Arte Llamada Sentencia. 2015.
- ALTERNI, Atilio. Como Redactar un Contrato. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires. 1998.
- Anderson, E. (1992. Teoría y técnica del cuento. Barcelona. Ariel. En: MACÍAS, Luis Fernando. El Taller de creación Literaria. Editorial Panamericana. Bogotá D.C. 2016.
- ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Siglo de hombre editores, Ediciones Uniandes. Bogotá D.C. 2004.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2012.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Teoría General del negocio mercantil. Decimotercera edición. Legis. Bogotá D.C. 2012. Pág.
- AUSTIN, Jhon. Como hacer cosas con palabras. (Genaro Carrió, Trad.). Barcelona: Paidós Iberica. (Obra original publicada en 1962). 1990.
- BLAKIN, JM, The Promise of Legal Semiotic.
- BUNGE, Mario. La ciencia, su método y su filosofía. Madrid: Ediciones Arco iris. 2007.
- BURTON, Steve J. Elements of Contractual Interpretation. Ney York, Oxford University Press.
- CARMONA. Carla. La Consciencia del Límite – Wittgenstein. Bonalettra Alcompas, SL. Madrid. 2015.
- CALVO, José. Derecho y literatura – Acercamientos y perspectivas para pensar el derecho. Año III, No. 4, 2009. En: Revista electrónica del Instituto de

investigaciones “Ambroio L. Gioja”: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/literatura-instrumental-estructural-42885443>.

- CARDONA SUAREZ, Carlos Alberto and Meléndez, Raúl and Holguín, Magdalena and Flórez, Alfonso and Castañeda Felipe and Ramos, Jaime and Díaz, Jorge Aurelio (2001) *El pensamiento de L. Wittgenstein*. Universidad Nacional de Colombia.
- CASTRO, Marcela. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Universidad de los Andes. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2009.
- CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2017.
- Código Civil Colombiano. Legis. Bogotá D.C. 2017.
- DWORKIN, Ronald. El Imperio de la Justicia. Editorial Gedisa. Barcelona, 2008.
- Desarrollo de la narración, Unidad 39 En: http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Taller_Redaccion/Pdf/Unidad_39.pdf
- FIGUEROA, Edwin. El derecho ¿arte o ciencia? 2010. En: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/09/01/el-derecho-%C2%BF-arte-o-ciencia/>
- FOCOULT, Michael. Las palabras y las cosas. México: Siglo veintiuno editores. 2012.
- GADAMER, Hans. Verdad y Método – Fundamentos de una hermenéutica filosófica. Ediciones Sígueme. Salamanca 1988.
- JAKOBSON, Roman. Tinianov, Eichenbaum y otros. Teoría de la literatura de los formalistas rusos. Buenos Aires: Siglo XXI editores. 1970.
- JAKOBSON, Roman. Lingüística, poética, tiempo. Barcelona: Editorial crítica. 1981.
- KARAM, A. y MAGHALES, R.. Derecho y literatura – Acercamientos y perspectivas para pensar el derecho. Revista electrónica del Instituto de investigaciones “Ambroio L.Gioja”, Año III. (2009) (4). Recuperado de: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/literaturainstrumental-estructural-42885443>.
- KAHN, P. Construir el caso – El arte de la jurisprudencia. Colombia: Siglo de hombre editores. 2017.

- Ley 1480 de 2011
- LEMAITRE, Julieta. Derecho como conjuro – Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Siglo del hombre editores. Bogotá, 2009.
- Licenciatura en Filosofía y Letras. Ediciones Usta, Universidad de Santo Tomas
- José Calvo González derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional. Universidad de Málaga. En: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/literatura-instrumental-estructural-42885443>.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa. México, 2009.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. Manual de Derecho Privado Contemporáneo. Tomo II, Adenda. Editorial Librería Ediciones del profesional Ltda.
- Ley 1480 de 2011.
- LORENZETI, Ricardo Luis. Consumidores. Segunda edición. Rubizal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2009.
- MACÍAS, L. El taller de creación literaria – Métodos ejercicios y lecturas. Colombia: Editorial Panamericana. 2016.
- MACIAX, Luis Fernando. El Taller de Creación Literaria. Editorial Panamericana. Bogotá D.C. 2016.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. Libro de estilo de la Justicia. Espasa. Madrid. 2017.
- NANCLARES, Andrés. Los jueces de mármol. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.
- NAVARRO REYES, Jesús. Cómo hacer filosofía con palabras. A propósito del desencuentro entre Searle y Derrida. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 2010.
- NIEZTCHE, Friedrich. Sobre verdad y mentira en sentido extra moral, en Homero y la filología clásica. Trad: Jorge Castillo. Colombia, 2006.
- PARRA HERRERA, Nicolás. Temperamentos Interpretativos. Legis, 2018. Bogotá D.C.
- PÉREZ, Carlos. Derecho y literatura. Bogotá, 2004 En: Isonomía No. 24.

- PICONTO, Teresa. Hermenéutica, argumentación y Justicia en Paul Ricour. Editorial Dykinson. Madrid, 2005.
- RENGIFO GARDEAZABAL, Mauricio. La Formación del Contrato. Universidad de los Andes. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2016. Introducción.
- RACHELS, J. Introducción a la filosofía moral. México: Fondo de Cultura Económica. 2013.
- RAZ, Joseph. ¿Por qué interpretar? Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.1996.
- RICOEUR, Paul. Del texto a la acción – Ensayos de hermenéutica II -. Fondo de cultura económica. Buenos Aires, 2010.
- RICOEUR, Paul. El discurso de la acción. Madrid: Ediciones Catedra. 1977.
- Urrutia, H. (1979) Situación comunicativa y texto literario. Revista española de Lingüística, 9(1), 193. Recuperado de <http://www.sel.edu.es/pdf/ene-jun-79/urru-tia-carrenas%2079.pdf>.