

# La preconfiguración del contrato: una propuesta de definición de las reglas predeterminadas en el derecho de contratos\*

DANIEL A. MONROY C.\*\*

RESUMEN: El presente documento propone una definición alternativa de aquellas reglas contractuales denominadas por la doctrina como reglas "supletivas", esto abstrayendo la función supletoria que comúnmente la doctrina les adjudica, para, en su lugar, sustituirla por la "predeterminación" de la regla como tal; característica definatoria a la que se anuda la posibilidad de derogación a través de preceptos de autonomía en situaciones jurídicas concretas conforme una "jerarquía de valores", así como su vinculatoriedad en el caso concreto ante la ausencia de dicha derogatoria.

PALABRAS CLAVE: derecho de contratos, reglas supletivas, reglas predeterminadas.

*Default configuration of Contract: a proposal for the definition of the default rules within the Law of Contract*

ABSTRACT: This paper aims to propose an alternative definition of those contract rules called as suppletive rules (reglas supletivas), abstracting the "suppletive" function from these rules which scholars commonly has awarded to them, and instead replace it with the "default" characteristic of the rule (predeterminación) as the feature that could

\* Fecha de recepción: 15 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2013. Para citar el artículo: MONROY, D. "La preconfiguración del contrato: una propuesta de definición de las reglas predeterminadas en el derecho de contratos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 109-147.

\*\* Abogado de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Contractual de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [daniel.monroy@uexternado.edu.co].

defines these rules. This feature is knotted to the chance to repeal the default rule through precepts of autonomy in certain legal situations according to a "hierarchy of values", as well as the binding strength of the rule in cases of absence of such a repeal.

KEYWORDS: Contract law, "suppletive rules", default rules.

SUMARIO: Introducción. I. La característica supletoria como eje fundamental de la definición de las reglas predeterminadas en las nociones doctrinales. II. Tipologías de reglas predeterminadas que integran el contenido del contrato. III. Las reglas predeterminadas en el contexto de la colisión entre derecho objetivo y autonomía privada. IV. Propuesta de definición de las reglas predeterminadas. Reflexiones finales.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 16 de nuestro Código Civil indica: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres". Sobre esta norma en concreto y tal como lo indican ARTEAGA y ARTEAGA<sup>1</sup>, se deduce que todas las demás "leyes" atinentes al convenio pueden derogarse en los convenios; por tanto, y conforme las reglas de la prueba, es necesario probar que la convención no ha sido legalmente formada o que atenta contra el orden público y las buenas costumbres –esto es, que atenta contra normas imperativas– para poder anularla total o parcialmente; de suerte que en esta materia contractual la libertad de las partes para darse sus propias reglas aparece como la regla general. Corolario de lo anterior, según los mismos autores, es que "[e]l principio general de la libertad contractual halla su limitación en las leyes atinentes al orden público y a las buenas costumbres"<sup>2</sup>.

Aunado a lo dicho, no pareciera aventurado afirmar que el ámbito de aplicación que ocupan las normas imperativas en el derecho de contratos es cada vez más reducido; así por ejemplo, en el contexto local, desde la década de los 1970 (*v.gr.*, con la expedición del Dcto. Ley 2820 de 1974), en especial con la Constitución de 1991, fueron eliminadas definitivamente del ordenamiento todas aquellas normas decimonónicas que restringían la autonomía y la libertad contractual de la mujer<sup>3</sup>.

1 J. ARTEAGA y J. ARTEAGA. *Curso de obligaciones*, Bogotá, Temis, 1979, p. 19.

2 *Ibíd.*

3 A título meramente ilustrativo, el inciso 2.º del artículo 1743 C.C. establecía originalmente en materia de nulidad relativa de actos o contratos: "La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido". Esta norma se entiende derogada con base en la Ley 28 de 1932, en la cual se otorga plena capacidad a la mujer para la administración y disposición de sus bienes, así como el Decreto Ley 2820 de 1974, "Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones".

Un caso más reciente, pero igualmente ilustrativo, es el de la introducción del régimen de sociedades por acciones simplificadas contenido en la Ley 1258 de 2008, en virtud del cual muchas de las restricciones imperativas –para algunos doctrinantes, injustificadas– en materia societaria también fueron eliminadas, dando mayor espacio y/o recuperando el papel de la autonomía de la voluntad como fuente primordial de obligaciones y derechos en las relaciones privadas<sup>4</sup>.

De suerte que se puede decir que en el ámbito del derecho privado la autonomía de la voluntad cada vez ocupa un mayor espacio como fuente en el ámbito del derecho contractual<sup>5</sup>. Dicha autonomía posee múltiples reflejos, que no son

- 4 Sobre este punto, por ejemplo, A. MENDOZA. "Antecedentes nacionales de la Ley 1258 de 2008", en *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, de Francisco Reyes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-46, indica que existen ciertamente una serie de restricciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho privado, pero estas restricciones suelen y deberían ser las mínimas necesarias para asegurar la convivencia social y la justicia. De suerte que la autonomía de la voluntad en el campo del derecho privado se constituye como una fuente de primordial importancia. Lo anterior funciona como contexto que permite afirmar que "el recorrido, tanto de derecho comparado como de derecho interno que conduce a la Ley 1258 no es nada distinto que un regreso a las bases mismas de este principio fundamental del derecho privado que es la autonomía de la voluntad. Mientras los particulares nos movamos dentro de los amplios linderos que nos dejan las normas de carácter imperativo y mientras estos linderos no se justifiquen por razones superiores al orden social, no existe razón suficiente para que se nos recorte el ejercicio de la mencionada autonomía de la voluntad" (p. 29). Más adelante se agrega que ante la preexistencia de parámetros rígidos en materia societaria, el legislador reacciona con la expedición de la Ley 1258 de 2008, la cual supone un amplísimo marco para la autonomía y la libertad contractual: "Aun el articulado de la ley, en su inmensa mayoría, resulta ser de carácter meramente dispositivo o supletorio, de manera tal que corresponderá siempre a las partes y a sus asesores, no a la ley, como ocurría en el sistema tradicional, determinar cómo se contrata, cuáles son los términos a los que las partes se sujetan en su relación jurídica, todo en función de los respectivos intereses y necesidades" (p. 33).
- 5 Por supuesto que esta afirmación es susceptible de relativizarse en el sentido de que, así como existen argumentos –ejemplos– para defender la tesis acerca de la progresiva reducción del campo de acción de las reglas imperativas en el derecho de contratos, también existen contraargumentos que permiten defender la tesis –contraria– de que más bien existe un mayor nivel de intervención del Estado en los escenarios contractuales, y por tanto, una correlativa reducción del campo de acción de la autonomía y la libertad contractual. Sobre el particular cabe decir que un segmento de la doctrina ha defendido la idea de que el paradigma liberal en el que se encuentran basados cuerpos normativos tales como el Código Civil y el Código de Comercio no ofrece respuestas adecuadas a fenómenos cada vez más generalizados tales como (i) la contratación por adhesión y (ii) la necesaria protección al consumidor. Sobre la contratación por adhesión vale mencionar la opinión de D. SALAZAR ("Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual", *Revista Derecho Privado* 18, n.º 37, diciembre de 2006, pp. 3-56), quien sostiene que los contratos de adhesión históricamente se han convertido en herramientas para que los predisponentes maximicen sus beneficios a costa de la disminución de la utilidad de los adherentes al contrato, ello sin que se detecte que la existencia de un libre mercado –incluso en un ambiente competitivo– realmente incrementa la posibilidad de que los adherentes obtengan mayores utilidades al contratar; por el contrario, advierte el autor que los mismos mercados han generado incentivos para que los predisponentes reduzcan la "calidad" en los atributos de los contratos, razón por la cual se plantea la necesaria intervención del Estado mediante

límites, en el mismo derecho; así por ejemplo, los contratantes tienen la opción de establecer un régimen jurídico vinculante para ellos que haga caso omiso y por tanto derogue o modifique todas las normas –diferentes a las imperativas– de derecho objetivo<sup>6</sup>. Pero, por la misma razón, esto es, en virtud de la autonomía de la voluntad, existe también la posibilidad de que las partes se plieguen no solo a las normas imperativas sino también a la totalidad de aquellas normas que –de manera predeterminada– conforman la mayor parte del derecho contractual. Entre estas dos opciones extremas existe un sinnúmero de posibilidades en que se pueden combinar normas dadas de manera autónoma e independiente por las mismas partes, normas imperativas y reglas “supletivas” (o, para nuestros efectos, “reglas predeterminadas”), y que en conjunto pueden decantarse en un sinnúmero de regímenes contractuales privados concretos, de acuerdo con las necesidades de las partes, pero siempre dentro de los límites que trazan el orden público y las buenas costumbres.

Como se puede apreciar anticipadamente, no es posible aproximarse a la funcionalidad de las que denominamos reglas predeterminadas en el derecho de contratos como un fenómeno independiente. En este orden, uno de los objetivos –intermedios– del presente trabajo se dirige a corroborar que para entender adecuadamente las citadas reglas es necesario comprender la manera como las mismas se relacionan con las reglas de naturaleza imperativa, así como con las que provienen de la voluntad individual. Más allá del objetivo intermedio señalado, el principal propósito del trabajo es proponer una reformulación del concepto tradicional de las comúnmente denominadas “reglas supletivas”, para sustituirlas por las “reglas predeterminadas”, ello partiendo del supuesto de que es inadecuado identificar a las reglas predeterminadas con reglas propias de algo que pueda denominarse como reglas supletorias o derecho supletorio en el sentido de que este funcione, aunque sea exclusivamente en los escenarios contractuales, como una especie de fuente subsidiaria de derecho. Con todo, la hipótesis central que se defiende es que, más que factible, resulta útil proponer una definición de dichas reglas abstrayendo la función supletoria que la doctrina comúnmente adjudica a

el establecimiento de estándares mínimos e imperativos dirigidos a mejorar situaciones que el libre mercado es incapaz de corregir. En lo que corresponde a la protección del consumidor, autores contractualistas como J. ARRUBLA («*La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano.*» En *Perspectivas del Derecho del Consumo*, de C. VALDERRAMA, 355-386. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013) observan con beneplácito la creciente introducción –en el ámbito local– de normas jurídicas imperativas dirigidas a la mayor protección de los derechos de los consumidores, por ejemplo, a través del establecimiento de cláusulas consideradas abusivas, como las establecidas en la Ley 142 de 1994 (sobre servicios públicos domiciliarios), en la Ley 1328 de 2009 (sobre consumidor financiero) y en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), regímenes estos en que el establecimiento de tales cláusulas en los contratos es sancionado mediante la nulidad o ineficacia de estas.

6 Como lo indica la doctrina, “[l]as partes tienen libertad para colocarse fuera del campo de aplicación de ciertas leyes que no están hechas sino para reglamentar las situaciones que no fueron contempladas en el contrato”: ARTEAGA y ARTEAGA, ob. cit., 1979, p. 19.

las que esta misma denomina "reglas supletivas", como elemento fundamental de la definición, y en su lugar sustituir dicho elemento por la "predeterminación" de la regla como tal; característica definitoria a la que se anuda la posibilidad de derogación a través de preceptos de autonomía en situaciones jurídicas concretas conforme una "jerarquía de valores", así como su vinculatoriedad en el caso concreto ante la ausencia de dicha derogatoria.

Ahora, la pertinencia de sustituir la característica de supletoriedad de la definición de las reglas en comento, por lo "predeterminado", obedece a varias razones que en cierta medida se profundizarán en el presente trabajo, y que por ahora simplemente se enuncian:

(i) En primer lugar, porque el vocablo "suplir" alude –según el Diccionario de la Real Academia– a expresiones tales como "cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de algo", "reemplazar, sustituir algo por otra cosa", "disimular un defecto", etc.; de suerte que pareciera que lo que la doctrina denomina como "reglas supletivas" aparece como remedios que responden a la ausencia de declaración de los individuos en sus ámbitos privados, esto es, como una especie de reglas de un nivel inferior –fuentes subsidiarias, si se quiere– que acuden en auxilio de los individuos en respuesta a su propia ignorancia y/o a vacíos en la toma de decisiones. Sobre este particular, y tal como se argumentará más adelante, lo cierto es que contemplar las normas bajo la idea precedente capta una faceta pero no la integridad de la función de las reglas predeterminadas.

Además, de existir dicha ausencia de declaración, esto es, una laguna contractual<sup>7</sup> que debe ser entonces suplida, en el sentido de remediada, disimulada, reemplazada, etc., dicho proceso supone para el individuo (*v.gr.*, el juez) acudir a un momento anterior al contrato, esto es, a lo que se encontraba "predeterminado" en su momento. Por razones propias del ordenamiento –al menos en el ámbito del derecho codificado–, quien se propone "suplir" la voluntad individual no puede remediar la laguna interpolando la cláusula que en el presente, e incluso desde una perspectiva general, se considere más conveniente para las partes<sup>8</sup>. Quien realiza dicha interpolación debe acudir al derecho objetivo de la forma como estaba este "predeterminado", esto es, acudir al *statu quo* de las normas al instante anterior al contrato. Como se argumentará en la sección final del trabajo, esta cuestión no es en absoluto algo trivial, ni mucho menos un simple juego de palabras.

(ii) De otra parte, por cuanto las que denominamos reglas predeterminadas, consideradas como fuentes de derecho, se ubican en el mismo nivel de aquellas otras que en conjunto conforman el contenido del contrato<sup>9</sup>, hablar de lo "supletivo" y no de lo

7 Para una noción de "laguna contractual" cfr. nota 29.

8 Por ejemplo, interpolar aquella cláusula que maximice la utilidad individual de las partes y/o que cree una situación más eficiente en términos paretianos.

9 Debemos aceptar que un sector de la doctrina no acepta la tesis de que las reglas predeterminadas (*v.gr.*, las reglas supletivas) sean parte del contenido, refiriéndolas es a las

“predeterminado” puede llevar a considerar erróneamente que estas reglas se encuentran en un nivel inferior a las demás que conforman dicho contenido.

Sobre el particular, y como lo argumentaremos más adelante, al ubicarse, por un lado, las reglas predeterminadas –junto con las imperativas– en el derecho objetivo, y, por el otro, los preceptos de autonomía<sup>10</sup>, ello implica la existencia de una potencial colisión entre aquel y estos; conflicto que para su solución requiere de la aplicación de una “jerarquía de valores”<sup>11</sup>, término este que no es equivalente a jerarquía de “fuentes” de derecho, el

consecuencias, los efectos del negocio. En este orden, autores como MOSSET indican que la doctrina clásica define los elementos naturales del negocio como aquellas consecuencias derivadas de la naturaleza del mismo, idea esta que evidencia claramente que no puede hablarse de elementos sino de efectos del negocio, y que por tanto no puede decirse que pertenecen a la estructura, sino que lo que hacen es determinar consecuencias. Así, argumenta el autor que los efectos “naturales” del negocio son aquellos “impuestos por el orden jurídico en calidad de normas supletorias de la voluntad de las partes. Concurren espontáneamente, es decir sin necesidad de una incorporación expresa, en caso de no haber sido excluidos. Forman parte de una determinada figura o negocio o de un determinado grupo de negocios, pero a su respecto las partes pueden ejercer sin retaceos su libertad contractual”. J. MOSSET, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 56. Obsérvese que la definición transcrita define simultáneamente a las reglas supletorias de una manera similar a como la misma doctrina las define en general; con todo, más que juzgar la definición, lo cierto es que no concordamos con la opinión citada dado que –entre otras cosas– ella misma se contradice pues menciona que los efectos del negocio no hacen parte de la estructura, pero cuando los define indica que efectivamente son parte del negocio. Con todo, consideramos que, pese a la dificultad de definir lo que se entiende por “contenido del contrato”, se puede decir que en este efectivamente se encuentran integradas las reglas predeterminadas. En este sentido, nos parece adecuada la noción propuesta por STIGLITZ, quien enuncia que el contenido del contrato alude a “las reglas de conducta a las cuales –en principio– se deben subordinar las partes de una operación jurídica”: R. STIGLITZ, “Contenido del contrato”, en *Contratos*, de F. TRIGO y R. STIGLITZ, pp. 149-186; Buenos Aires, La Rocca, 2001, p. 149). Argumenta el autor que dichas reglas de conducta no se agotan con lo estipulado por las partes, pues también incluyen: (i) las reglas acordadas resultado de la libertad de contratación en el marco de la autonomía individual; (ii) las reglas de conducta originadas en mandatos legales, y (iii) los usos y costumbres aplicables a situaciones jurídicas no regladas por la ley. Más adelante, cuando el mismo autor se ocupa de las reglas originadas en mandatos legales, se refiere específicamente a las reglas supletivas.

- 10 El término “precepto de autonomía” al que se alude en el presente trabajo se refiere al mismo término que utiliza STIGLITZ (ob. cit.) para señalar aquella regla –también llamada precepto privado– que, a diferencia de las reglas originadas en mandatos legales, es creada autónomamente por los sujetos del contrato, pero que como aquellas resulta vinculante. En otras palabras, los preceptos de autonomía aluden, en términos de HINESTROSA, a la noción de la autonomía limitada que, como fuente de derecho, poseen los individuos para darse sus propias reglas de conformidad con sus propios interés (F. HINESTROSA, *Derecho Civil, Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, p. 175); y, en términos de BETTI, es la noción de autonomía “reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico” (E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. MARTÍN PÉREZ, Granada, Comares, 2000, p. 52).
- 11 Cfr. L. DÍEZ-PICAZO Y A. GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, 5.ª ed., vol. 1, Madrid, Tecnos, 1984, p. 40, y R. STIGLITZ y G. STIGLITZ. *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 114.

cual ciertamente sería más apropiado si de lo que se trata es de defender que las reglas supletivas (como fuentes) se encuentran en un nivel diferente al de las reglas imperativas.

De insistirse en el carácter supletivo de las que hemos denominado reglas predeterminadas, en el sentido de que funcionarían como fuentes "subsidiarias" de derecho, ello podría implicar que ante un conflicto entre estas y otra regla de naturaleza imperativa prevalecería esta última, lo cual resulta cuando menos cuestionable, conforme se argumentará en la subsección 4.1 del presente trabajo.

(iii) Finalmente, y en estrecha relación con lo recién indicado, consideramos que al abstraerse el carácter de supletoriedad se logra –además de proponer una definición consistente de las reglas predeterminadas– caracterizar bajo los mismos criterios otras normas, esto es, las normas imperativas y los preceptos de autonomía, que integran también el contenido del contrato. Lo anterior, tal y como se argumentará en la sección cuarta del trabajo.

Por otro lado, vale destacar que denominar nuestro objeto de estudio como "reglas predeterminadas" en sentido estricto, o "derecho predeterminado" en sentido amplio, en reemplazo del término "reglas supletivas o supletorias" o derecho supletorio, no obedece a una cuestión caprichosa ni a un simple juego o modificación del lenguaje; por el contrario, se sustenta en al menos dos razones, relacionadas estas con el origen del término en la doctrina jurídica anglosajona, y con la manera como desde esta perspectiva es abordado el estudio de las reglas predeterminadas:

(i) Así, en primer lugar, valga mencionar que el vocablo "predeterminado" al que estamos aludiendo es el que en el marco de la lengua inglesa se refiere a "default" en sentido lato, esto es, "lo preconfigurado", y en sentido estricto –en el marco del derecho anglosajón– como "default rules" (reglas por defecto, se puede decir)<sup>12</sup>, término este último que la

12 La denominación "reglas predeterminadas" en sentido, y/o "derecho predeterminado" en sentido amplio, supone un cambio en la aproximación que hemos efectuado en trabajos anteriores. Así por ejemplo, en trabajos previos hemos indicado que las normas que conforman el derecho de contratos se encuentran divididas en dos grandes grupos: por un lado, las normas imperativas, y por otro lado, las normas por defecto, las cuales definimos en su momento como "[aquellas que] otorgan una correlativa libertad a los agentes de llegar a acuerdos privados en torno a ellas, ya sea aceptándolas explícita o implícitamente, modificándolas, rechazándolas, etc.": D. MONROY, "Aproximación económica a la regulación en el Derecho de Contratos: el porqué de las reglas por defecto", en AA.VV. *Serie de Derecho Económico: La regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 95-96, y D. MONROY, *Enfoques teóricos de las reglas por defecto en el Derecho de contratos: Complementariedades, coincidencias y contradicciones*, working paper, noviembre de 2012, p. 2. Con todo, lo que en su momento denominamos como normas o reglas por defecto coincide con lo que ahora hemos denominado reglas o normas predeterminadas: la razón de este cambio obedece a que consideramos que este término capta de mejor manera la noción de la regla en comento, lo que permite, de paso, complementar el concepto de la misma, sin que ello suponga una contradicción con la definición dada previamente en el documento reseñado.

doctrina propia de este sistema utiliza para referirse a "reglas en torno de las cuales las partes pueden contratar previamente [...]. Las reglas por defecto llenan los vacíos en los contratos incompletos y vinculan [*govern*] a menos que las partes contraten en torno a ellas"<sup>13</sup>; en términos de SCHWARTZ<sup>14</sup>, son reglas que dentro del género de las reglas del derecho de contratos, a diferencia de las reglas inmutables (*immutable rules*), las partes son libres de modificar.

Conforme las definiciones transcritas, se puede afirmar que, en esencia, lo que la doctrina anglosajona denomina "*default rules*" es equivalente a lo que la doctrina europea y latinoamericana denomina "reglas supletivas", y también a lo que en este trabajo defendemos como "reglas predeterminadas". De suerte que la sustitución de un término por otro es procedente sin contradecir la esencia del mismo.

(ii) En estrecha relación con el argumento precedente, es de anotar que aludir a "lo preconfigurado", "lo predeterminado" en lugar de "lo supletivo", "lo subsidiario", también se sustenta en la analogía que suele hacer la doctrina anglosajona entre "*default rules*" y las opciones preconfiguradas habituales en materia de software<sup>15</sup>. En efecto, como lo explica R. BARNETT<sup>16</sup>, la aproximación a la manera como las "*default rules*" llenan los vacíos en las expresiones de voluntad de las partes en los contratos suele estudiarse analógicamente a la manera como los procesadores de palabras (software) establecen los márgenes de los textos en ausencia de configuración –modificación– expresa del usuario<sup>17</sup>. Señala el autor que lo que hace equiparables la aproximación de las "*default rules*" y las preconfiguraciones propias de los procesadores de palabras es que en una y otra situación aquellas resultan vinculantes para el individuo en ausencia de voluntad

13 I. AYRES, y R. GERTNER. "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *The Yale Law Journal* 99, n.º 1, octubre de 1989, pp. 87-130, 87.

14 A. SCHWARTZ. *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*, Faculty Scholarship Series-Paper, Paper 1085, 1994, pp. 389-419, 390.

15 En materia de software, y en términos muy generales, se puede decir que los "*defaults*" se refieren a aquellas opciones (configuraciones) que se encuentran predeterminadas en un aplicación de software y en que no ha habido intervención (modificación) del usuario; por ejemplo, en programas como el sistema operativo Windows de Microsoft, aspectos tales como los iconos que aparecen en el escritorio principal, una vez se ha instalado el programa, se pueden considerar "*defaults*", en el sentido de que, pese a encontrarse predeterminados, el usuario puede incluir y excluir libremente más o menos iconos, según sus preferencias. Dichos valores también pueden encontrarse en otros ámbitos, verbigracia en aparatos electrónicos; así por ejemplo, en un televisor, normalmente se incorporan configuraciones de fábrica tales como el color de la imagen, en donde, como sucede en el ejemplo anterior, el usuario puede modificar los valores predeterminados libremente según sus intereses.

16 R. BARNETT. "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", en *Virginia Law Review* 78, 1992, pp. 821-911.

17 Explica el autor este argumento indicando: "Un procesador de palabras que nos obligue a configurar todo lo necesario para escribir una página de texto nos traería más problemas [que] los que soluciona. Por tanto, todos los procesadores de palabras contienen preconfiguraciones [*default settings*] tales como márgenes, fuentes, espaciado de líneas y permiten al usuario modificar cualquiera de estas preconfiguraciones para que estas se adapten mejor a sus propósitos" (BARNETT, ob. cit., p. 824).

expresa en contrario, de suerte que cualquier manifestación en contra desplazaría entonces la aplicación de la regla, o la preconfiguración establecida según sea el caso.

Como lo veremos en la parte final del trabajo, aproximarse al estudio de las reglas predeterminadas partiendo de la analogía entre dichas reglas y las opciones preconfiguradas en materia de software supone una serie de interesantes preguntas e hipótesis escasamente abordadas por la doctrina jurídica europea y latinoamericana.

El presente trabajo se divide en cinco secciones: en la primera sección se muestra que un importante sector de la doctrina contempla la función supletoria de la voluntad como el elemento central de la definición de las que hemos denominado reglas predeterminadas, idea esta que resulta cuestionable en la medida que capta solo parcialmente la función, y por tanto la definición de la regla en comento; en este orden, se propone centrar la definición de las reglas supletorias en su predeterminación, y de a partir de ahí sustituir incluso la denominación de aquellas por la de "reglas predeterminadas". La sección finaliza anticipando algunas de las críticas a la posición asumida en la misma, y describiendo los contrargumentos al respecto, los cuales se desarrollan con profundidad en las secciones subsiguientes. En la sección segunda, que a su vez se divide en dos subsecciones, se describen las diversas tipologías de reglas predeterminadas que integran el contenido del contrato; concretamente, en la primera subsección se defiende que las reglas predeterminadas y las reglas imperativas tienen en común la característica de la predeterminación, en el sentido de hallarse descritas anteriormente al acto o negocio en el derecho objetivo, pero se diferencian en cuanto a la manera en que cada una interactúa con los preceptos de autonomía, esto es, a la manera como estas se anteponen entre sí conforme una "jerarquía de valores". En la segunda subsección se defiende la no necesidad de diferenciar—como lo hace un segmento de la doctrina—entre las denominadas reglas dispositivas y las reglas supletivas, y que, por el contrario, unas y otras se pueden englobar consistentemente dentro de la categoría de reglas predeterminadas. Seguidamente, en la tercera sección, la característica de la posibilidad de derogatoria, rasgo distintivo de las reglas predeterminadas, se reexpresa en el sentido de colisión entre derecho objetivo y preceptos de autonomía, ello con el fin de determinar un par de criterios definitorios adicionales de las reglas que estructuran el contenido del contrato, conforme su comportamiento según una "jerarquía de valores". En la sección cuarta, y a partir de lo indicado en las secciones precedentes, se propone la definición de las reglas predeterminadas a partir de los criterios de: (i) la predeterminación o no en el derecho objetivo, (ii) la posibilidad de derogatoria mediante preceptos de autonomía conforme una jerarquía de valores y (iii) la consecuente vinculatoriedad en el caso concreto. Simultáneamente, y con base en los mismos criterios, se propone una definición de las reglas imperativas y de los preceptos de autonomía. En subsección aparte se delimita el alcance de lo que en las secciones precedentes

se ha enunciado como “jerarquía de valores”, pieza fundamental de los criterios definitorios de las reglas que estructuran el contenido del contrato. En la sección final se presentan algunas reflexiones finales con especial énfasis en la relevancia y en las hipotéticas implicaciones de analizar el contenido específico de la regla predeterminada desde una perspectiva normativa, así como la manera como la regla predeterminada podría incidir en el comportamiento de los individuos, aspectos estos escasamente abordados por la doctrina en el ámbito del derecho codificado.

#### I. LA CARACTERÍSTICA SUPLETORIA COMO EJE FUNDAMENTAL DE LA DEFINICIÓN DE LAS REGLAS PREDETERMINADAS EN LAS NOCIONES DOCTRINALES

Para autores como HINESTROSA, las que hemos denominado reglas predeterminadas son aquellas “cuya aplicación no tiene cabida más que cuando no se ha dispuesto nada distinto por los sujetos negociales o ellos han guardado silencio frente a aspectos a que aquéllas se refieren. [...] Habitualmente se designan estos preceptos con el nombre de ‘normas supletivas’ o ‘supletorias’”<sup>18</sup>. En similar sentido se ha dicho también que estas reglas son “aquella[s] que suple[n] las deficiencias de la voluntad de las partes, es decir, aquella[s] que se aplica[n] en caso de carencia de voluntad expresada de las partes”<sup>19</sup>. A su turno, MESSINEO<sup>20</sup> indica que estas reglas son aquellas que “sirven para suplir a su falta de declaración [del individuo], y de ahí que, si se expresa una voluntad derogatoria, las normas supletorias quedan como letra muerta; mientras que si él calla, o no declara querer apartar de dichas normas, reciben aplicación automática; [...] y son las que determinan el efecto jurídico”<sup>21</sup>. Para BARRERA, son normas cuya función se dirige a “suplir la voluntad de las partes cuando ella no se ha manifestado”<sup>22</sup>. Finalmente, según BETTI, las normas supletorias así como las dispositivas –sin hacer diferencia entre unas y otras– son aquellas referidas a los efectos del negocio, y que no pueden entrar en vigor cuando existe una declaración de las partes o algún elemento que sea integrante de ella<sup>23</sup>; se puede decir que “[las normas supletorias o dispositivas] proveen a disciplinar los efectos del negocio

18 HINESTROSA, ob. cit., p. 287.

19 Y. LAITHIER. *Las reglas supletorias y el derecho de contratos*, vol. 1, de AA.VV. *Estudios de Derecho Continental en Colombia y Francia*, pp. 413-414.

20 F. MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentís, vol. I, “Introducción”, Buenos Aires, EJEA, 1954.

21 *Ibíd.*, p. 48. A manera de ilustración, el mismo autor cita como ejemplo el artículo 1100 C.C. italiano, norma relativa a la comunidad y en cual se indica: “Cuando la propiedad u otro derecho real corresponden en común a varias personas, si el título o la ley no disponen otra cosa, se aplican las reglas siguientes” (*ibíd.*, p. 252).

22 C. BARRERA. *Las obligaciones en el Derecho Moderno*, Bogotá, Temis, 2004, p. 186.

23 Indica el autor que dentro de estos elementos se encuentran los principios deducidos de los usos o de las exigencias de la buena fe (BETTI, ob. cit., p. 282).

presuponiendo la ausencia de cualquier declaración, o bien, de una declaración contraria<sup>24</sup>.

Otras definiciones restan valor al componente subjetivo y en su lugar ponen el acento en la fuente de donde emanan dichas reglas y en la manera como estas se "integran" al contrato a falta de voluntad diferente de las partes. Sobre esta última línea, por ejemplo para BIANCA, las reglas supletorias funcionan, tienen sentido en la que él mismo denomina como fase de "integración supletiva del contrato"<sup>25</sup>, esto en la medida que fuentes externas al contrato mismo "determinan el contenido de la relación contractual a falta de una previsión diferente de las partes"<sup>26</sup>.

De las definiciones transcritas se induce que estas efectivamente ponen de relieve la característica "supletoria" de las que hemos denominado normas predeterminadas<sup>27</sup> como elemento central de la propia definición, y simultáneamente suponen que esta supletoriedad de las normas actúa ante el silencio, esto es, respecto de las deficiencias y de la falta de previsión y/o de declaración de las partes.

Ahora, si a lo anterior agregamos que –tal como lo sugerimos en la sección introductoria– según el Diccionario de la Real Academia, el vocablo "suplir" hace alusión a significados tales como "Cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de algo", "reemplazar, sustituir algo por otra cosa", "disimular un defecto", etc., entonces podría decirse que las reglas supletivas son aquellas dirigidas específicamente a integrar lo que falta, remediar, reemplazar y/o sustituir las ausencias de declaración, lagunas dejadas por las partes. No obstante, esta noción la consideramos ciertamente desacertada por restringida dado que capta solo parcialmente la función de la regla en comento, tal y como procedemos a argumentar<sup>28</sup>.

24 *Ibíd.*, p. 282.

25 Para diferenciarla de la "integración imperativa del contrato".

26 C.M. BIANCA. *Derecho civil*, 2ª ed. en español, trad. F. HINESTROSA y É. CORTÉS, vol. 3, "El contrato", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 521.

27 Si bien existe una identidad entre las que la doctrina denomina "reglas supletivas" y las que denominamos acá "reglas predeterminadas", cuando en el texto nos referimos a reglas supletivas o supletorias lo hacemos con el fin de reproducir el término tal como es utilizado en la doctrina; cuando nos referimos a las reglas predeterminadas aludimos a la propuesta del presente documento.

28 Como lo explicaremos en breve, nuestra opinión es que la función supletoria de la norma, según es descrita por un importante segmento de la doctrina, tiene sentido en ciertos contextos restringidos, pero que en todo caso existen. Sin embargo, valga mencionar que hay perspectivas teóricas más extremas que se resisten a aludir en cualquier circunstancia a la hipotética función supletoria de la norma. Sobre esta última línea merece mencionarse la opinión de DÍEZ GARCÍA, quien considera que en el ámbito de integración del contrato a través de reglas dispositivas (sin hacer diferencias respecto de las supletorias) no se puede hablar de suplir la voluntad contractual, esto es, que aquellas se dirigen a llenar los espacios dejados por la regulación de las partes; en este sentido y según sus propias palabras, "[l]a normativa legal no está pensada como mero complemento de las omisiones de la regulación voluntaria, sino como parte del contenido del contrato que la ley aporta cuando no ha sido excluida su aplicación por las partes. Por tanto, tales normas no están dadas sólo 'para auxilio de descuidados y desmemoriados', sino que explicitan la 'regulación

En efecto, el hecho de que exista una ausencia de declaración de las partes, esto es, el espacio –que algunos denominan laguna contractual<sup>29</sup>– en donde la denominada regla supletiva actúa, puede deberse a dos circunstancias fácticas previas o coetáneas al contrato, pero excluyentes entre sí<sup>30</sup>: por un lado, (i) la laguna puede obedecer a la presunción intuitivamente verificable de que los particulares generalmente ignoran cuál es el régimen más conveniente aplicable a sus actuaciones y transacciones, y por tanto podría decirse que la regla supletiva se integra “irreflexivamente” al acuerdo, esto es, con desconocimiento de las partes acerca del contenido de dicha regla; por otro lado y en contraposición, (ii) la laguna puede también obedecer al hecho de que las mismas partes consideraron “reflexivamente” que los acuerdos predeterminados en derecho objetivo son en efecto los más adecuados a sus intereses, que sin embargo no se requiere explicitar dado que estos se suponen integrados naturalmente –sin necesidad de declaración– a los demás acuerdos que sí son explícitos<sup>31</sup>.

Obsérvese que en las dos circunstancias indicadas en el párrafo anterior, esto es, si la laguna obedece a un proceso irreflexivo o a uno reflexivo, la función de

normal’. Serían por tanto un modelo de ordenación establecido por el legislador después de haber tenido en cuenta y valorado la situación normal de intereses de las partes. Por tanto, su función sería ordenadora”: DÍEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 947).

- 29 Indica BIANCA, al referirse a la integración supletiva del contrato, que esta actividad supone una “laguna contractual”, la cual se define como “un vacío en el contenido del acuerdo, esto es, una falta de previsión de las partes en relación con un aspecto de la relación que no es susceptible de ser colmado mediante la aplicación de criterios hermenéuticos. Las lagunas contractuales dan lugar a la aplicación de las normas dispositivas y de las otras fuentes a las que remite la ley” (*ob. cit.*, p. 434). DÍEZ GARCÍA (*ob. cit.*, p. 945), a su turno, se refiere a estas como el “hueco” que ha dejado la autonomía, respecto del cual entra en juego el derecho dispositivo llenando aquel. Según CARRASCO, “[las lagunas son] extremos no regulados, que tendrían que haberlo sido para que la relación contractual alcanzara sentido pleno, teniendo en cuenta el horizonte de negociación de las partes”: Á. CARRASCO. *Derecho de Contratos*, Pamplona, Thomson Reuters, 2010, pp. 478-479. Análogamente señalan COOTER y ULEN que en ámbito de los contratos “[estos] tienen muchas lagunas. Cuando un contrato no dice nada acerca de un riesgo, tendrá una ‘laguna’. Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él”: R. COOTER Y T. ULEN. *Derecho y Economía*, trad. E. SUÁREZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 256.
- 30 G. OSPINA y E. OSPINA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 14.
- 31 Autores como CARRASCO no señalan dos sino tres situaciones que pueden determinar la existencia de una laguna contractual; en concreto: “La laguna puede nacer del hecho de que las partes hayan fallado en su pretensión de regular enteramente el horizonte de negociación, de que deliberadamente hayan desatendido este extremo por existir acuerdo (tácito) de remisión supletoria al Derecho dispositivo o los usos, o de que el Ordenamiento imponga una extensión necesaria de este horizonte mediante la creación de obligaciones implícitas” (*ob. cit.*, p. 479). Como se puede verificar, la primera situación –podría decirse– constituye un error en la toma de decisiones de las partes, en el sentido de que fallan en completar a través de acuerdos el contenido del contrato; la segunda situación corresponde con el supuesto del actuar reflexivo aludido en este aparte; mientras que la tercera situación en realidad corresponde a la forma como el derecho dispositivo se integra al contrato.

la regla predeterminada adquiere una dirección diferente. Concretamente, en el primer caso la regla obra como una especie de salvaguarda, un respaldo al actuar imprevisto de las partes, ello con el objeto de que no obstante dicho actuar –irreflexivo– los individuos logren el fin que perseguían con la celebración del contrato<sup>32</sup>. En este caso, tomando como base las nociones doctrinales precitadas sobre reglas supletorias, la función supletiva (de la manera que la misma doctrina suele mencionar) parece tener pleno sentido. Sin embargo, en el segundo caso, la función de la regla tiene una naturaleza diferente, que no puede ser supletiva –en el mismo sentido de la función del primer caso– dado que la laguna es el resultado de un proceso “reflexivo” acerca de lo adecuado que para los individuos es la norma predeterminada<sup>33</sup>. En este segundo caso la norma actúa como una simple “preforma” que no es razonable –incluso por generar costos económicos innecesarios– replicar explícitamente en el acuerdo<sup>34</sup>.

Corolario de lo anterior es que solamente en el caso de que el comportamiento de los individuos sea irreflexivo la norma (supletiva) adquiere una auténtica función supletoria en el sentido defendido usualmente por la doctrina; por el contrario, en caso de que la laguna sea el resultado de un comportamiento reflexivo la regla no estará supliendo la ausencia de voluntad, y de hecho en abstracto no existe tal laguna pues lo predeterminado en la regla coincide exactamente con la voluntad de los individuos. Sin embargo, ya sea que se hable de la primera o la segunda situación, la norma es anterior –en el tiempo– al acto, vale decir, precisamente, que se encuentra “predeterminada” en el derecho objetivo.

En síntesis, pareciera ciertamente inadecuado establecer la característica “supletoria” como elemento central de la denominación y –con más razón– de la definición de las reglas (supletivas o predeterminadas) ya que dicha característica

32 Esta función coincide ciertamente con la idea de OSPINA Y OSPINA cuando indican que en este caso la regla supletiva opera en el sentido de que, “[las partes] habiendo obrado con imprevisión, es necesario acudir en su ayuda [el legislador] para que se realicen en la mejor forma los fines que persiguieron al celebrar sus actos o negocios” (ob. cit., p. 14).

33 En este caso se puede decir que si otra hubiese sido la configuración original de la norma, entonces no habría existido una laguna contractual dado que el resultado del proceso “reflexivo” hubiese conducido a la modificación, la reconfiguración de la norma en el contrato mediante la inclusión de una cláusula explícita.

34 Por supuesto que exógenamente al negocio es –en varios casos– fácticamente imposible determinar si la laguna es el resultado de un proceso irreflexivo o reflexivo de los individuos, en donde ello depende de múltiples variables; pero de hecho, en uno u otro caso hay algo común en las funciones descritas que aisladamente pueden cumplir las reglas predeterminadas, y es el hecho de que estas están al servicio de las partes, y en ese sentido prestan su “ayuda” a las mismas; lo que cambia de un caso a otro es la magnitud, el nivel de tal ayuda. Incluso si las partes son altamente previsivas, es improbable que todos sus acuerdos en concreto modifiquen el contenido de la regla predeterminada; en tal caso, la no necesidad de replicar explícitamente tal contenido en el acuerdo es ciertamente una ayuda –aunque reducida–, una especie de “aligeramiento de carga”, en palabras de L. FERRI (*La autonomía privada*, trad. L. MENDIZÁBAL, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 216), que les presta dicha regla.

describe la función que en algunos casos, mas no en todos, cumple la regla en comento. Por el contrario, la predeterminación de la norma sí es una característica común a las diversas funciones de las reglas en cuestión, que por tanto puede constituirse en el elemento fundamental (no necesariamente único) de una definición de las reglas supletivas o –se insiste– reglas predeterminadas para nuestros efectos.

Por supuesto que, al centrar la definición de las reglas supletorias en su predeterminación, y de ahí sustituir incluso la denominación de aquellas por la de “reglas predeterminadas”, ello constituye una idea respecto de la cual pueden anticiparse varias críticas, entre ellas: (i) que la característica de la predeterminación es también común a las reglas imperativas en el sentido de que, como aquellas, también se encuentran descritas anteriormente al acto en el derecho objetivo, de suerte que, al acentuar la definición en la característica de la predeterminación, se podría generar una confusión entre uno y otro tipo de norma; (ii) que la característica de la predeterminación es compartida además con las normas que un segmento de la doctrina denomina “reglas dispositivas”, luego podría entonces también generarse confusión innecesaria entre unas y otras, y (iii) que en realidad modificar la denominación de reglas “supletivas” por la de reglas “predeterminadas” en realidad es una simple modificación del vocablo por otro sinónimo, un mero cambio en el lenguaje, que por tanto no puede considerarse como auténtico aporte científico o doctrinal a la discusión.

En respuesta a estas hipotéticas críticas esbozadas, consideramos que estas son infundadas, y a título de contraargumentación podemos decir que: (i) respecto de la primera, no es cierto que la característica de la predeterminación sea el único elemento que defina a las reglas predeterminadas; la otra característica fundamental que define a estas es la posibilidad de modificación y/o derogación mediante los preceptos de autonomía, lo cual ciertamente marca una diferencia entre estas y las reglas imperativas<sup>35</sup>; además, de aceptarse esta crítica, esta resultaría extensible a aquellas definiciones que se fundamentan en la supletividad de la norma, pues igual función se puede reconocer a las reglas imperativas; (ii) respecto de la segunda crítica, consideramos que en realidad no existe razón para que existan diferencias entre las reglas dispositivas y las reglas supletivas, en cuanto a la manera en que unas y otras son tratadas por la doctrina, de suerte que unas y otras pueden integrarse dentro de la categoría de “reglas predeterminadas”; y, (iii) en

35 Vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina no es uniforme en cuanto a incluir la característica de la derogación en la definición de las reglas predeterminadas; así por ejemplo, en opinión de LAITHIER (ob. cit.), la noción de las reglas predeterminadas basada en su derogabilidad pareciera ser inadecuada por incompleta, razón por la cual se justifica que la doctrina se concentre más en la función supletoria sobre la posibilidad de derogatoria. Sin embargo, existen ciertamente definiciones doctrinales como la de STIGLITZ, quien funda la definición en la posibilidad de derogatoria, concretamente cuando afirma que las reglas supletivas o dispositivas, según sus propios términos, “son aquellas que las partes, de común acuerdo, pueden modificar o dejar sin efecto”: ob. cit., pp. 154-155.

relación a la tercera crítica, valga mencionar que concentrarse en la característica de lo "predeterminado" y no en la de lo "supletivo" (además de poseer sentidos claramente diferenciables) permite extender una conexión más estrecha –al menos en términos de lenguaje– con la anterioridad de la regla, esto es, con el *statu quo* en el instante previo al acto, y de ahí con el origen, la formación, el diseño de la misma y el comportamiento de los individuos a quienes en sus actos les resulta aplicable la regla predeterminada, puntos estos que son escasamente analizados por la doctrina, y que sin embargo no son cuestiones triviales. En la sección siguiente profundizaremos en los dos primeros contraargumentos, al paso que el tercero será abordado en la sección final del trabajo.

## II. TIPOLOGÍAS DE REGLAS PREDETERMINADAS QUE INTEGRAN EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Ciertamente se podría decir que fundar la definición de las reglas predeterminadas en su propia predeterminación mas no en su función supletiva conduce a una confusión –quizá innecesaria– con las reglas imperativas, y por otro lado, ahonda en la confusión con las denominadas comúnmente como "reglas dispositivas". Sin embargo, diferimos de esta opinión pues, más que confusión, la "predeterminación" –así como la "supletividad"– constituye una característica común a las reglas predeterminadas, las reglas imperativas, y las que un segmento de la doctrina denomina como reglas dispositivas.

### 2.1. Predeterminación como característica común de las reglas imperativas y las reglas predeterminadas

Sobre lo indicado en párrafo precedente, cabe decir que las reglas imperativas y predeterminadas efectivamente comparten el rasgo de la "predeterminación", así como también comparten el carácter de la supletividad<sup>36</sup>; sobre el particular, FERRI menciona explícitamente la existencia en materia contractual de una "disciplina supletoria" la cual, según sus propios términos, está conformada por dos tipos de normas: por un lado, normas que denomina "dispositivas", en el sentido de que no limitan la autonomía privada pues los individuos son libres de dictar una regulación distinta; y por otro lado, normas que llama "inderogables", establecidas para tutelar intereses superiores, las cuales constituyen verdaderos límites de la autonomía privada<sup>37</sup>.

36 Esto último en caso de insistirse en la denominación de "reglas supletivas" en lugar de nuestra propuesta de "reglas predeterminadas".

37 El autor expone como ejemplo de este tipo de normas esquemas negociales –especies de disciplina supletoria– el aplicable al matrimonio y otros actos propios del derecho de familia; en estos casos y según sus propios términos, "no nos encontraríamos ya ante un

De manera que, siguiendo con los planteamientos del autor citado, se puede decir que la supletoriedad representa una característica compartida tanto por las reglas imperativas como por las predeterminadas; del mismo modo sucede en cuanto a la similitud –y de hecho parece aún más evidente– si de lo que se trata es de la predeterminación, puesto que tanto las reglas imperativas como las predeterminadas se hallan descritas en el derecho objetivo anteriormente al acto o negocio<sup>38</sup>. Por otro lado, también se puede decir que el rasgo diferenciador de las reglas imperativas y las reglas predeterminadas está dado por la posibilidad de derogación; para ser más exactos, su diferencia radica en la manera en que cada una interactúa con los preceptos de autonomía, esto es, la manera como estas se anteponen entre sí conforme una “jerarquía de valores”<sup>39</sup>.

verdadero negocio jurídico, porque no habría ya lugar para la autonomía privada, la cual es, para nosotros, poder normativo” (ob. cit., p. 219).

- 38 Es de aclarar que incluso el término “predeterminación” puede comprenderse en varios sentidos, lo cual sin embargo no debe llevar a confusiones entre reglas imperativas y predeterminadas. En efecto, el sentido que estamos utilizando sobre “lo predeterminado” se refiere a que la norma se encuentra descrita en el derecho objetivo con anterioridad respecto del contrato; en este sentido, se insiste, las reglas imperativas y las predeterminadas comparten efectivamente dicha característica. Sin embargo, podría decirse que existe al menos un sentido diferente del vocablo “predeterminación” en el que las reglas imperativas y las predeterminadas sí resultan diferenciables: en concreto, es el sentido en el que se entienden los términos “*default*” y “*default rule*” en la doctrina anglosajona (tal como lo indicamos de pasada en la sección introductoria). Así, al menos en el contexto del derecho anglosajón, las denominadas “*default rules*” suelen analizarse análogamente a la manera como actúan y se establecen las opciones preconfiguradas en materia de software y su interacción con la voluntad individual (cfr. BARNETT, ob. cit.; I. Ayres. “Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules”, *The Yale Law Journal*, 121, n.º 8, junio de 2012, pp. 2032-2116; J. KESAN y R. SHAH. “Setting Software Defaults: Perspectives from Law, Computer Science and Behavioral Economics”, en *Notre Dame Law Review* 82, n.º 2, 2006, pp. 583-634). En este caso concreto, lo predeterminado adquiere un sentido más de recomendación que de orden –imperativa– para los individuos, que por tanto estos pueden desatender libremente; en este segundo sentido de “predeterminación”, las reglas imperativas y las predeterminadas ciertamente son diferentes.
- 39 Aunque la literatura suele hablar de la capacidad o la susceptibilidad de “derogar” una norma –predeterminada– a partir de la voluntad individual, valga señalar que quizá este término no es el más adecuado para identificar lo que es una regla de tal naturaleza, ello por cuanto: (i) como lo indica STIGLITZ (ob. cit., 155), bajo ninguna circunstancia –según lo ampliaremos más adelante– las normas que se integran al contenido del contrato –ni siquiera si se trata de alguno de naturaleza dispositiva, según los términos del autor– pierden indemnidad, ni aun en el caso de que el precepto de autonomía sea preferido a la norma supletoria o dispositiva; de suerte que pareciera ciertamente inadecuado utilizar términos como “derogable” o “derogar” para referirse a una regla predeterminada; y (ii) como lo argumentaremos más adelante, lo que hemos denominado como “jerarquía de valores” no debe confundirse con una “jerarquía de fuentes de derecho”, lo que concretamente se refiere –utilizando los mismos términos de Díez-Picazo y Gullón (ob. cit., 40)– a la posibilidad que otorga el mismo ordenamiento jurídico, no de que se “derogue” una norma a través de preceptos de autonomía, sino de que aquella se “anteponga” a esta; de suerte que pareciera recomendable utilizar términos como “anteponer” o “anteponible”, tal y como en efecto lo hacen algunos autores referenciados. Con todo, cuando nos refiramos

Con todo, y tal como se puede inferir de varias de las nociones mencionadas en la sección anterior, la aplicación de una regla predeterminada depende exclusivamente de la voluntad individual, lo que ciertamente permite hacer una diferencia respecto de las reglas imperativas. Si bien esta idea puede considerarse trivial, evidencia que la posibilidad de derogatoria de la norma mediante preceptos de autonomía constituye una característica que necesaria y explícitamente debiera incluirse en una definición de las reglas predeterminadas<sup>40</sup>.

## 2.2. Reglas dispositivas como reglas predeterminadas

Por otro lado, en lo que respecta a la supuesta confusión que se puede suscitar entre reglas supletivas y reglas dispositivas, al insistirse en la predeterminación como característica fundamental de las reglas predeterminadas, valga reiterar que en realidad no consideramos que existan razones suficientes para insistir en diferenciar entre aquellos tipos de reglas, y, por el contrario, unas y otras se pueden englobar consistentemente dentro de la categoría de reglas predeterminadas.

En efecto, autores como MESSINEO<sup>41</sup> ciertamente hacen una diferencia entre reglas supletivas y dispositivas; en concreto, indica el citado autor que existen –en el derecho objetivo– normas coactivas (o de derecho imperativo), cuyo cumplimiento es inderogable<sup>42</sup>, y normas no coactivas<sup>43</sup>, que a su vez se dividen

al término “derogar” o “derogable”, o a cualquier otro similar, deberá entenderse en el sentido recién expresado.

40 Esta conclusión es ciertamente coherente con algunas de las definiciones doctrinales de las reglas supletivas referenciadas a lo largo de este documento, en el sentido de que reconocen explícitamente la derogabilidad como característica incorporada en la definición (cfr. MESSINEO, ob. cit., p. 48); en algunas otras, aunque no explícitamente, resulta sin embargo deducible la característica en comento (cfr. BETTI, ob. cit., p. 282; BIANCA, ob. cit., p. 521; HINESTROSA, ob. cit., p. 287, y FERRI, ob. cit., pp. 217-218); mientras otras, en cambio, pareciera que dudaran sobre el particular (cfr. LAITHIER, ob. cit., pp. 413-414).

41 MESSINEO, ob. cit.

42 Lo que estamos denominando como “inderogabilidad” posee múltiples expresiones análogas en la doctrina; así por ejemplo, esta característica exclusiva de la regla imperativa corresponde a la misma idea de “inmutabilidad” a la que se refieren AYRES (ob. cit.) y GERTNER (ob. cit.) cuando mencionan aquellas reglas propias del derecho de contratos en torno a las cuales las partes no pueden acordar. En términos de estos autores, las reglas imperativas resultan vinculantes incluso si las partes pactan algo en torno a las mismas. Llama particularmente la atención el hecho de que dichas reglas se asemejan en su estructura a las titularidades “inalienables” señaladas por G. CALABRESI y D. MELAMED (“Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: Un vistazo a la catedral”, en *Estudios Públicos*, n.º 63, invierno de 1996, pp. 347-391), con la salvedad de que las denominadas reglas “inmutables” –en los términos de AYRES y de GERTNER– son creadas y se limitan a los escenarios contractuales, mientras las denominadas titularidades inalienables existen incluso por fuera de ellos.

43 Indica el autor que estas normas son el contrapuesto de las coactivas, y “que carecen de los caracteres acostumbrados, o sea que no imponen un deber de observancia incondicional ni se proponen dirigir la actividad humana”: ob. cit., p. 49.

en normas dispositivas y normas supletorias. Según el autor, estos dos últimos tipos de normas se asimilan en cuanto a la posibilidad de derogación por voluntad individual, pero se diferencian en que

...[las normas dispositivas] están, como las coactivas, inspiradas en fines de utilidad general, pero son derogables por voluntad del particular, en cuanto él tenga interés en la no aplicación de ellas [...] En cambio, las normas supletorias (o integrativas o complementarias) se establecen exclusivamente para la utilidad del individuo, porque sirven para suplir a su falta de declaración, y de ahí que, si se expresa una voluntad derogatoria, las normas supletorias quedan como letra muerta; mientras que si él calla, o no declara querer apartarse de dichas normas, reciben aplicación automática; [...] y son las que determinan el efecto jurídico<sup>44</sup>.

Por su parte, CARIOTA<sup>45</sup> también justifica la diferenciación entre reglas supletorias y dispositivas; respecto de las primeras señala que son aquellas que regulan los efectos naturales de los negocios jurídicos<sup>46</sup>; respecto de las segundas, que se asemejan a las primeras en cuanto se integran al negocio, pero se diferencian por cuanto: (i) no necesariamente se refieren a los efectos, pudiéndose referir también al contenido del negocio, y además (ii) se incluyen dentro de estas las cláusulas usuales, que se consideran insertas, salvo que medie voluntad diversa de las partes.

De lo indicado por los autores precitados resulta evidente que el tratamiento doctrinal y diferenciador entre reglas dispositivas y supletivas es disímil en uno y otro caso, lo que ya de por sí lleva a cuestionar la necesidad de defender la diferencia entre uno y otro tipo de regla.

Al margen de lo anterior, vale la pena decir que las mencionadas diferencias establecidas entre reglas dispositivas y supletivas por los autores referenciados resultan ciertamente cuestionables. Por un lado, lo indicado por MESSINEO se puede sintetizar en que la diferencia entre los tipos de norma en comento está dada por dos elementos vinculados entre sí: por un lado, las reglas dispositivas están basadas en la utilidad, el interés general, mientras las supletorias están al servicio del

44 Cfr. *ibíd.* A manera de ilustración, el mismo autor cita como ejemplo de normas "dispositivas" el párrafo del artículo 734 C.C. italiano en el cual se establece: "Si en la división hecha por el testador no se comprenden todos los bienes dejados en el momento de la muerte, los bienes no comprendidos en ella se atribuyen de conformidad a la ley, si no resulta una voluntad contraria del testador" (p. 213). Respecto de las normas supletorias –como se dijo– cita como ejemplo el artículo 1100 del mismo Código (cfr. *supra*, nota 21). La distinción entre normas dispositivas y supletorias en materia contractual es ratificada por el autor cuando menciona que una importante área en materia contractual está regulada por normas legales dispositivas y supletorias, las cuales difieren entre sí de acuerdo con la función que respectivamente ejercen (*ibíd.*, p. 6).

45 L. CARIOTA, *El negocio jurídico*, trad. M. ALBALADEJO, Madrid, Aguilar, 1956, pp. 609-610.

46 Indica concretamente el autor que las reglas supletorias son "[aquellas que] enlazan diversos efectos a los negocios jurídicos, suponiendo ya fijada la voluntad particular referente a los efectos en cuestión (p. ej., obligación de garantía de evicción en la venta)": *ob. cit.*, p. 609.

interés individual; circunstancia esta última que, basada en la función “supletiva” de la declaración de la voluntad, es lo que hace útiles a los intereses particulares estas últimas, y a la vez es una diferencia adicional con aquellas dispositivas. Esta argumentación resulta cuestionable en la medida que: (i) no resulta deducible (los ejemplos expuestos por el autor no ofrecen realmente una explicación) la diferencia entre los intereses generales e individuales en los que se basan una y otra norma respectivamente, como si los segundos no se pudiesen alinear o pudiesen acaso contradecir a los primeros<sup>47</sup>; y, (ii) es incorrecto afirmar que las que el autor denomina como reglas dispositivas no cumplen la misma función –supletiva de la declaración– adjudicada a las que denomina precisamente como normas supletorias, pues el mismo silencio del individuo hace que tanto unas como otras se integren “supletivamente” al contenido del acto; lo que de paso, (iii) corrobora que las reglas dispositivas también se encuentran al servicio de los intereses individuales.

Por otro lado, en relación con el argumento de CARIOTA, la única diferencia que –aparentemente– resulta relevante entre reglas supletivas y dispositivas es la referida a que solo estas últimas se pueden referir al “contenido” del negocio. La crítica acá puede desarrollarse cuestionando que si acaso las reglas supletivas no pueden ser parte de dicho “contenido”, ello por cuanto incluso hay autores como BIANCA<sup>48</sup>, STIGLITZ<sup>49</sup> o HINESTROSA<sup>50</sup> que explícitamente definen a las reglas supletivas en el ámbito del “contenido” del contrato; además, puede agregarse que el término en comento es de tal amplitud<sup>51</sup> que pareciera un desgaste doctrinal innecesario insistir en el argumento de que las reglas supletivas son ajenas al contenido contractual.

Con todo, pareciera sensato defender la idea de que efectivamente no hay razón para diferenciar entre reglas supletivas y reglas dispositivas; de hecho, no es extraño encontrar autores que tratan explícitamente a unas y otras como equivalentes<sup>52</sup>, al

47 Podría sí afirmarse que no tendría sentido que la manera como las reglas predeterminadas regulan las situaciones a las cuales se aplican pueda contradecir intereses generales; sin embargo, lo anterior tampoco quiere decir que cualquier otra forma de regulación alternativa contradiga dichos intereses, pues ello significaría que en realidad aquella es entonces una regla imperativa. De suerte que a través de los preceptos de autonomía el contenido de la regla predeterminada puede modificarse en el caso concreto conforme los intereses particulares de los individuos.

48 BIANCA, ob. cit., p. 521.

49 STIGLITZ, ob. cit., pp. 154 y ss.

50 HINESTROSA, ob. cit., p. 287.

51 Cfr. *supra* nota 9.

52 Cfr. R. STIGLITZ, ob. cit., pp. 154 y ss., y F. DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas, 1985a, p. 78. Señala explícitamente el primero que el contenido del contrato está conformado, dentro de la categoría de los mandatos legales, por normas imperativas, por un lado, y además, por normas dispositivas o supletorias, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre estas dos últimas; por su parte, el segundo asimila explícitamente las normas supletorias con algo denominado por él mismo como “Derecho dispositivo”, el cual opera en el proceso de integración de la regla negocial, lo cual es subsecuente al proceso de “interpretación objetiva” e “interpretación en sentido estricto”.

paso que de la lectura de otros autores bien puede al menos inducirse dicho tratamiento equivalente<sup>53</sup>.

Para finalizar esta sección, y a título de síntesis preliminar, debe indicarse que la predeterminación es una característica que comparten las reglas imperativas y las reglas predeterminadas; sin embargo, estas tipologías de normas se diferencian por la posibilidad o no de su derogación. Por otro lado, también se puede concluir que en realidad no existe razón para diferenciar entre lo que un segmento de la doctrina denomina como reglas supletorias, por un lado, y reglas dispositivas, por el otro. Con todo, una propuesta de definición de reglas predeterminadas debiera recoger o al menos no contradecir estas ideas<sup>54</sup>.

Ahora, en el marco de lo mencionado, previo a proponer la definición en comento, y a la luz de lo indicado respecto de la posibilidad de derogar las reglas –predeterminadas– contenidas en el derecho objetivo, es menester evidenciar que dicha opción derogatoria se puede reexpresar como la recurrente manifestación de una colisión entre derecho objetivo y preceptos de autonomía, razón por la cual es menester ocuparse de cómo se articulan precisamente las reglas imperativas, las reglas predeterminadas y los preceptos de autonomía, punto este al que se refiere la sección que procede.

### III. LAS REGLAS PREDETERMINADAS EN EL CONTEXTO DE LA COLISIÓN ENTRE DERECHO OBJETIVO Y AUTONOMÍA PRIVADA

La existencia de reglas imperativas, reglas predeterminadas en el derecho objetivo y preceptos de autonomía<sup>55</sup> como elementos que conforman el contenido del

53 Cfr. BETTI, ob. cit., pp. 86 y 282, y HINESTROSA, ob. cit., p. 287. Como se indicó previamente, el primero de estos define simultáneamente las reglas supletivas y las dispositivas sin efectuar una diferenciación relevante entre ellas; por su parte, el segundo menciona que en lo que corresponde al contenido del negocio jurídico existen normas cogentes, integradoras e interpretativas, en donde: las primeras son aquellas que no admiten derogación por parte de los individuos y cuya vigencia se considera fundamental por la sociedad en un momento dado, etc.; las segundas son aquellas reglas supletorias, según la propia noción del autor, respecto de lo cual vale agregar que son también “leyes integradoras [que] conforman el contenido ordinario de los negocios, vigente siempre que por sus autores no se haya alterado el régimen secundario del acto” (ob. cit., p. 287); además, están las normas interpretativas, que “indican el derrotero seguible cuando se trate de clasificar el negocio, permitiendo el funcionamiento de los preceptos anteriores” (ibíd., p. 289). Con todo, como se puede observar, este último autor no efectúa clasificación alguna en lo que se refiere a las normas que él mismo distingue como las normas supletorias, lo que significa que estas detentan un sentido unívoco, diferenciable solamente de las normas cogentes (imperativas) y las interpretativas.

54 Vale anotar que efectivamente la predeterminación y la derogabilidad debieran ser elementos explícitos en la definición; sin embargo, la idea de asimilar las que la doctrina denomina reglas supletivas, por un lado, y dispositivas, por otro, no supone que la definición haga explícita esta asimilación; simplemente lo que se dice es que la definición aplica a estas dos tipologías de reglas, ambas consideradas entonces como reglas predeterminadas.

55 Cfr. *supra* nota 10.

contrato, aunado a la posibilidad o no de que estos últimos deroguen a aquellas, sugiere la posibilidad de estudiar a todos en el marco de una recurrente colisión entre aquellas normas que se encuentran descritas anteriormente al acto en el derecho objetivo (predeterminadas), por un lado, y aquellas que surgen de la autonomía privada, por el otro. La razón de este enfoque es que con él se permite proponer un doble criterio diferenciador entre reglas imperativas, predeterminadas y preceptos de autonomía. El primero relacionado con la manera como cada uno de estos se ubica conforme una "jerarquía de valores" y el segundo relacionado con la determinación del contenido como tal, esto es, lo que resulta vinculante para las partes en el caso concreto.

En efecto, respecto del primer criterio diferenciador, y tal como lo señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>56</sup>, en materia de derecho privado existe una permanente colisión entre derecho objetivo y la autonomía privada. Dicha colisión se manifiesta concretamente en la posibilidad que cada uno posee como fuente en lo que corresponde a regular situaciones jurídicas concretas. Así, según los autores, mientras el derecho objetivo pretende regular dichas situaciones a través de normas con una pretensión de eficacia social de organización, la autonomía privada comparte el mismo propósito pero a través de normas circunscritas y basadas en intereses exclusivamente individuales<sup>57</sup>.

Ante dicha colisión entre derecho objetivo y preceptos de autonomía, para su solución –proponen los autores– debe seguirse una "jerarquía de valores"; así, si en un caso concreto coinciden una regla de derecho objetivo y un acto de la autonomía de la voluntad, la cuestión a afrontar se refiere a la determinación de cuál de los dos debe prevalecer; a partir de la respuesta a este interrogante es posible determinar y clasificar las normas en imperativas, según se permita o no que se anteponga a aquellas el precepto de autonomía<sup>58</sup>. De suerte que, si el mismo ordenamiento permite la anteposición de la norma creada por la autonomía, aquella sobre la que se antepone esta será una norma dispositiva (*v.gr.*, una regla predeterminada, en nuestros términos) y si la anteposición no se permite, entonces la vinculante será una norma imperativa<sup>59</sup>.

56 Ob. cit.

57 Aunque los autores no definen el alcance del término "eficacia social de organización" como contrapuesto a "intereses exclusivamente individuales", pareciera que al menos se puede decir que este no se refiere a la protección de "intereses generales" –en la manera en que lo hacen, p. ej., las reglas imperativas–, sino que se refiere más bien a una especie de preacuerdo social que actúa, que vincula a menos que se contraponga precisamente un acuerdo autónomo y específico entre particulares de la misma organización.

58 Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 40.

59 Un enfoque similar es propuesto por R. STIGLITZ y G. STIGLITZ. *Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, quienes indican que en derecho de contratos existe el presupuesto de la eventual colisión entre preceptos privados y normas legales (*v.gr.*, derecho objetivo). Para identificar cuál prevalece se debe reconocer una "escala de valores" que determina la eficacia de una u otra. "[C]abe señalar que el precepto privado cede posiciones frente a la norma legal imperativa a punto tal que en el supuesto de colisión se aplica la disposición

En segundo lugar, y como consecuencia de lo indicado, la manera como la norma se comporta respecto de la jerarquía de valores, contenida esta también en el derecho objetivo, permite diferenciar la tipología de norma ante la cual nos encontramos en un caso concreto, y una vez aplicada dicha jerarquía se puede afirmar –también en el caso concreto– cuáles son las reglas que integran el contenido del contrato, es decir, lo que resulta vinculante para los individuos en el caso concreto.

De lo indicado se deduce que no es posible comprender la funcionalidad de las reglas –imperativas y predeterminadas– en abstracto. Por el contrario, para comprender y analizar su funcionalidad es necesario evidenciar un caso concreto en el cual se verifique la existencia de la colisión descrita entre derecho objetivo y preceptos de autonomía. De suerte que para efectos de análisis es perentorio contemplar a las reglas imperativas y predeterminadas a partir de sus relaciones con la autonomía de la voluntad, en otras palabras, esta última es la que articula, permite perfilar, establece, si se quiere, los límites de aquellas otras reglas con las que colisiona en casos concretos<sup>60</sup>.

Corolario de lo anterior es que la manera como los preceptos de autonomía interactúan respecto de las reglas predeterminadas en el derecho objetivo, esto es, la posibilidad de derogatoria o no conforme la “jerarquía de valores”, aunado a la vinculatoriedad de cada una de estas fuentes normativas en el caso concreto, son elementos que explícitamente debieran incluirse en la definición de las reglas predeterminadas.

#### IV. PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LAS REGLAS PREDETERMINADAS

Hasta acá hemos defendido la conveniencia de sustituir la función “supletiva” por la característica de la predeterminación, como elemento fundamental de la definición de las reglas predeterminadas. Además, se ha sostenido que no existe razón para establecer diferencias entre las que la doctrina denomina reglas “supletivas” y las dispositivas, reglas estas que pueden englobarse dentro de la categoría de

que integra el contenido necesario. [...] A su vez, el principio de la regla de autonomía prevalece por sobre la norma supletoria, por tal, tolera que las partes configuren un contenido distinto del previsto por el texto legal”: ob. cit., pp. 114-115. En similar sentido se pronuncia DíEZ GARCÍA (ob. cit., p. 945) cuando menciona que en materia de integración del contrato conforme las leyes “[l]as [normas] imperativas se imponen siempre a lo expresamente pactado; las dispositivas, en cambio, encuentran su normal desenvolvimiento en orden a suplir la voluntad de las partes”.

60 Una idea análoga es defendida por STIGLITZ y STIGLITZ (ob. cit., p. 115), quienes, en efecto, definen tanto a las reglas imperativas como a las predeterminadas a partir de sus relaciones con la autonomía de la voluntad dentro de una “jerarquía de valores”; así, en sus propios términos, “la norma es imperativa cuando asume una condición preferente en la escala de valores por sobre el precepto privado y la norma supletoria. [...] La norma es dispositiva o supletoria cuando el ordenamiento jurídico consiente la preferencia de la regla de autonomía por sobre la norma legal”.

reglas predeterminadas. También, hemos indicado que la "predeterminación" —en el sentido que hemos defendido— es una característica compartida con las reglas imperativas, las cuales sin embargo se diferencian de las predeterminadas en cuanto a la opción de derogarse mediante preceptos de autonomía. Finalmente se ha argumentado que la posibilidad de derogatoria es una circunstancia reexpresable en la recurrente colisión entre derecho objetivo y preceptos de autonomía, circunstancia esta última para la cual resulta pertinente aplicar una "jerarquía de valores" a fin de determinar lo que resulta vinculante para las partes en el caso concreto.

Teniendo en cuenta dicho trasfondo, se puede decir —a título de proposición— que las reglas predeterminadas se pueden definir entonces como las reglas que en el ámbito del derecho privado, y más concretamente en el derecho de contratos, (i) se encuentran como predeterminadas en el derecho objetivo, (ii) que son hipotéticamente derogables a través de preceptos de autonomía en situaciones jurídicas concretas conforme una "jerarquía de valores", y (iii) que aplican, resultan vinculantes en el caso concreto ante la ausencia de dicha derogatoria<sup>61</sup>.

Corolario de la definición propuesta anterior es que (i) la predeterminación o no en el derecho objetivo, (ii) la posibilidad de derogatoria mediante preceptos de autonomía conforme una jerarquía de valores<sup>62</sup> y (iii) la consecuente vinculatoriedad en el caso concreto, son los tres criterios que en conjunto permiten determinar si una regla específica puede considerarse o no como una regla predeterminada.

Ahora, en el marco de la colisión con el derecho objetivo resaltada en la sección tercera, consideramos que los mismos tres criterios mencionados permiten caracterizar y definir las reglas imperativas e incluso los mismos preceptos de autonomía, tal y como proseguimos a argumentar.

En efecto, respecto de las reglas imperativas, se puede decir que son aquellas que (i) están predeterminadas en el derecho objetivo; (ii) son inderogables por los preceptos de autonomía en cualquier situación jurídica concreta (*v.gr.*, ocupan el escalón más alto en la jerarquía de valores), y consecuentemente, (iii) resultan vinculantes aun en el supuesto de una hipotética derogatoria a partir de la voluntad de las partes.

Por otro lado, y aunque en el contenido mismo de la definición tanto de reglas predeterminadas como de reglas imperativas se encuentran los preceptos de au-

61 Evidentemente se podrá decir que esta definición no es del todo novedosa, pues de hecho guarda estrecha similitud con la definición propuesta por FERRI (ob. cit., p. 216), quien advierte que existen en el derecho —objetivo— especiales esquemas negociales —predeterminados, en nuestros términos— "creados por la ley para una mayor comodidad de los individuos, es decir, para aligerarles de la carga de dar, en cada caso, una detallada reglamentación de sus relaciones". En este contexto, las que el mismo denomina como normas supletorias son "[aquellas] normas [que] se vierten, por así decirlo, en el negocio y vienen a integrar su contenido normativo, colocándose junto a las normas directamente establecidas por los particulares" (ibíd., p. 217).

62 Es importante tener en cuenta en este punto el alcance que previamente hemos definido al referirnos a términos como "derogar" o "derogatoria": nota 39.

tonomía, consideramos que los mismos tres criterios indicados permiten también definir a dichos preceptos en el sentido de ser aquellos que: (i) no son parte, no están predeterminados en el derecho objetivo; (ii) tienen la posibilidad de derogar las reglas predeterminadas en una situación jurídica concreta, y (iii) resultan vinculantes en cuanto se expresen por las partes y no deroguen una regla imperativa.

En resumen, se puede decir que las diferentes normas que integran en conjunto el contenido del contrato (reglas imperativas, reglas de autonomía y reglas predeterminadas) pueden definirse y diferenciarse entre sí de acuerdo a tres criterios, tal y como se sintetiza en el siguiente cuadro.

**Cuadro 1**  
**Normas que integran el contenido del contrato**

		Tipo de regla		
		Regla imperativa	Regla de autonomía	Regla predeterminada
Criterio diferenciador	Hacen parte del derecho objetivo	Sí (predeterminadas)	No	Sí (predeterminadas)
	Jerarquía de valores	Inderogable	Derogable por la regla imperativa	Derogable por la regla de autonomía
	Fuerza vinculante	Siempre es vinculante	Es vinculante siempre y cuando se exprese y no derogue una regla imperativa	Es vinculante ante la ausencia de regla de autonomía

Fuente: Elaboración propia.

#### 4.1. Jerarquía de valores no supone jerarquía de fuentes del derecho

Para finalizar, es oportuno explicar que hemos insistido en que uno de los criterios que permite definir a las reglas predeterminadas (así como también a las reglas imperativas y los preceptos de autonomía) es el referido a la posibilidad de derogatoria mediante preceptos de autonomía conforme una "jerarquía de valores", la cual constituye además la clave para resolver la colisión recurrente entre derecho objetivo y autonomía individual.

Sin embargo, dicha jerarquía no debe entenderse como una jerarquía de fuentes de derecho pues ello implicaría: (i) contradecir el argumento que se viene defendiendo acerca de la impropiedad de denominar a las reglas predeterminadas como un equivalente de reglas "supletivas" y/o derecho "supletivo", y (ii) que de plantearse como jerarquía de fuentes ello implicaría afirmar que ante un conflicto entre una regla imperativa y otra predeterminada aquella prevalecería y la otra desaparecería del derecho objetivo, situación esta que resulta cuando menos cuestionable, como se procede a explicar.

En efecto, de lo dicho hasta este momento se puede decir que de lo que hemos denominado como una jerarquía de valores se puede deducir el principio

—tal como lo sugieren STIGLITZ y STIGLITZ<sup>63</sup> o DÍEZ GARCÍA<sup>64</sup>— de que la norma imperativa se antepone al precepto de autonomía, y este a su vez se antepone a la regla predeterminada<sup>65</sup>, de suerte que —corolario lógico— la norma imperativa se antepondría, derogaría entonces a la dispositiva. Sin embargo, este corolario resulta cuestionable pues de presentarse el hipotético conflicto entre dos normas, ambas predeterminadas, descritas en derecho objetivo (una típica antinomia), la naturaleza imperativa o no de una o de otra no constituye un criterio que permita deducir que aquella se anteponga (derogue) a la otra, de suerte que mal podría hablarse aquí de una jerarquía de fuentes.

Parecería oportuno acudir en este punto a GUASTINI, quien menciona que “una norma puede ser concebida [...] como un enunciado que califica deónticamente un comportamiento ('Es obligatorio hacer X', 'Está prohibido hacer Y', 'Está permitido hacer Z', etc.) [...] [E]n un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema”<sup>66</sup>. Según el mismo autor, “resolver” la antinomia<sup>67</sup> implica como resultado eliminar del sistema una o ambas normas en conflicto, y para ello acude a una serie de técnicas reducibles a dos criterios: el principio jerárquico y el principio cronológico, paralelos a los cuales se encuentra articulado el criterio de especialidad<sup>68</sup>. El hecho de que la

63 Ob. cit., pp. 114 y ss.

64 Ob. cit., p. 945.

65 Análogamente, y como lo mencionan OSPINA Y OSPINA, se puede hablar de una prelación normativa en lo que corresponde a la integración del acto jurídico en los casos en que este se considere típico (reglamentado por la ley) según el siguiente orden: “a) las normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes que sean esenciales o accidentales; c) las normas legales que reglamentan el acto estipulado y que están llamadas a regir por vía supletiva en el caso de silencio de los agentes al respecto; d) las normas generales de los actos jurídicos; e) la analogía de ley, y f) la analogía de derecho” (ob. cit., p. 404).

66 R. GUASTINI. “Antinomias y lagunas”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 29, 1999, pp. 437-450, 437. Para nuestros efectos, la antinomia se puede presentar en un doble sentido que en últimas supone igual cuestión: (i) que el fondo de un caso es resuelto de igual manera por dos normas, una imperativa u otra por defecto, luego el conflicto se da sobre si la solución es la imperativa o la no imperativa; o bien, (ii) que un mismo caso es resuelto de dos maneras, una a través de una norma imperativa y otra a través de una norma dispositiva, luego el conflicto se da nuevamente sobre si la solución es la imperativa o la no imperativa.

67 Como lo enuncia el mismo GUASTINI (ob. cit.), existen ciertas técnicas interpretativas para prevenir antinomias (interpretación adecuadora, interpretación restrictiva), y también existen ciertas técnicas dirigidas a resolver la antinomia (principio jerárquico y principio cronológico). Para nuestros efectos nos estamos refiriendo a estas técnicas de resolución y no a aquellas técnicas de prevención del conflicto.

68 El principio jerárquico es aquel en virtud del cual la antinomia se resuelve a favor de la fuente jerárquicamente superior, de suerte que la que se encuentra en la jerarquía inferior debe considerarse inválida y por tanto inaplicable; los típicos ejemplos de este caso son aquellos que se presentan entre una norma de rango constitucional y otra de rango legislativo, y también el del conflicto entre una norma de rango legislativo y otra de rango reglamentario (cfr. GUASTINI, ob. cit., p. 439). Siguiendo con el mismo autor, el principio

calificación deóntica del comportamiento sea "obligatorio", "prohibido", esto es, lo imperativo, o "permitido", esto es, lo dispositivo o supletivo<sup>69</sup>, no es parte de la noción de ninguno de dichos principios, de suerte que tampoco constituye *per se* un criterio para la resolución de la eventual antinomia<sup>70</sup>.

Corolario de lo anterior es que ante una antinomia es factible que la regla imperativa desaparezca del ordenamiento, y por tanto que prevalezca la regla predeterminada a la cual podría anteponerse el precepto de autonomía; por tanto, se puede ratificar que como fuentes, una y otra tipologías de regla se encuentran en el mismo nivel, esto es, que son igualmente vinculantes y en cierto sentido son igualmente "imperativas"<sup>71</sup>. De suerte que lo que hemos denominado como "jerarquía de valores" restringe su función a hacer una ordenación, que permite efectuar una clasificación, resolver conflictos entre las tres tipologías de reglas que integran el contenido del contrato, pero no determinar la subsidiaridad, la supletoriedad o no de la fuente que se integra a este.

Una conclusión similar a la expuesta en las líneas precedentes es defendida por STIGLITZ<sup>72</sup>, quien después de afirmar que los textos legales no pierden nunca indemnidad, ni siquiera en el caso de que el precepto de autonomía sea preferido

cronológico es aquel en virtud del cual, en caso de que las dos normas se encuentren jerárquicamente equiparadas, la antinomia se resuelve en contra de la norma anterior en el tiempo, de suerte que se considera "abrogada" y por tanto inaplicable. Paralelo a estos dos principios se encuentra el criterio de especialidad, el cual no es considerado por el autor como un principio de resolución de antinomias pues siempre actúa interfiriendo con alguno de los principios mencionados.

69 En lo relacionado con la identificación del tipo de norma predeterminada en el derecho objetivo, esto es, que sea imperativa o predeterminada, STIGLITZ y STIGLITZ (ob. cit.) mencionan que la existencia de elementos gramaticales puede permitir la individualización del tipo de norma como tal, y cuando ello no es posible se requiere acudir a elementos lógicos relacionados con los móviles o la *ratio legis* impulsada por el legislador.

70 De suerte que, en caso de una hipotética antinomia entre una regla imperativa y una regla predeterminada, cada una de las cuales se encuentra en un nivel de jerarquía como fuente diferente, el conflicto debiera resolverse a favor de la regla que se encuentre en el plano superior, sin importar la naturaleza –imperativa o no– de cada cual; si ambas reglas están dispuestas en el mismo nivel de jerarquía de fuentes, entonces el conflicto debe resolverse a favor de la más reciente, siendo irrelevante nuevamente la naturaleza de la regla. Finalmente, si las dos reglas fueron expedidas simultáneamente, entonces debe acudirse al criterio de especialidad, en coordinación con alguno de los otros principios de resolución de antinomias. En ninguno de estos casos, se insiste, la calificación deóntica del comportamiento es un elemento que permita deducir que una norma imperativa "deroga" a una predeterminada, ni viceversa.

71 Sobre esta misma idea y como lo menciona M. ALBALADEJO (*Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, Real Colegio de España en Bolonia, 1961, p. 21), en el derecho civil se puede decir que todas las normas son imperativas: "Lo que pasa es que el término imperativo se utiliza en dos sentidos; y las normas supletorias, que no son imperativas en el sentido en que ahora contraponemos normas necesarias (o imperativas) a normas supletorias, sí son imperativas en el sentido de que siempre obligan a lo que mandan, bien que sólo mandan para el caso de que los interesados no hayan regulado el punto diversamente; razón por la cual no se aplican sino en este caso".

72 STIGLITZ, ob. cit.

a la norma supletoria o dispositiva en un caso concreto, afirma que tampoco se puede decir que la norma imperativa –incluso considerándose esta como de condición preferencial en la escala de valores del ordenamiento– es más o menos eficaz que la norma supletoria o dispositiva, factible esta última de ser relegada por un precepto de autonomía; “Unas y otras son coactivas, y la circunstancia de que el ordenamiento jurídico tolere que el precepto de autonomía se anteponga a la norma supletoria o dispositiva es consecuencia precisamente de que un mandato legal lo ha dispuesto de esta manera. [...] En suma, ambas poseen la misma eficacia”<sup>73</sup>.

Para finalizar esta sección, vale decir que si se contempla la manera como jurídicamente debe enfrentarse lo relativo a las cláusulas nulas o ineficaces en el derecho de contratos, el equiparamiento de las normas predeterminadas –como fuente de derecho– y las demás normas que se funden al nivel del contrato, que conforman su contenido, es más evidente. En efecto, en el caso colombiano, por ejemplo, en un contrato de compraventa conforme el artículo 1537 C.C.<sup>74</sup>, si las partes acuerdan una condición resolutoria que sea imposible por su naturaleza o ininteligible, o que sea capaz de inducir a un hecho ilegal o inmoral, esta se tendrá por no escrita; en nuestros términos, la regla imperativa se antepone a la creada por la autonomía de la voluntad, en el sentido de que la condición expresamente pactada queda “derogada”; sin embargo, ante esta situación surge la pregunta de si el contrato carece entonces de toda condición resolutoria. Al respecto y en nuestro concepto, la respuesta a esta cuestión es negativa, pues si las partes no pactaron otra cosa adicional –habiéndolo podido hacer– se entiende que opera la regla establecida en el artículo 1546<sup>[75]</sup> relativa a la condición resolutoria tácita; condición esta que se constituye como una regla predeterminada dado que –de acuerdo con lo ha aceptado incluso por la jurisprudencia local– es un derecho en principio susceptible de renuncia por las partes<sup>76</sup>, es decir, es hipotéticamente

73 *Ibíd.*, p. 155. Sobre este punto, también resulta pertinente la opinión de DÍEZ GARCÍA (ob. cit., p. 945) cuando advierte que en lo que corresponde a la integración del contrato las partes son libres de excluir el derecho dispositivo, pero cuando no lo hacen, las normas de tal naturaleza (dispositiva) determinan que ninguna de las partes pueda excluirse de las consecuencias derivadas de estas, de suerte que, una vez originado el presupuesto que da lugar a la aplicación de las normas dispositivas, las partes son tan obligados a su cumplimiento como lo son respecto de las normas imperativas.

74 “Art. 1537. *Condición fallida.* - [...] La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita.”

75 “Art. 1546. *Condición resolutoria tácita.* En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. [...] Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

76 Indicó recientemente la Corte Suprema de Justicia que “la renuncia expresa o tácita de la potestad resolutoria, en línea de principio, no vulnera normas de aquel linaje, en la medida en que su prescindencia sólo implica desechar la posibilidad de terminar el contrato por una de tantas circunstancias que pueden conducir a ese fin, esto es, el incumplimiento de la prestación debida, determinación que atañe solo a los individuos que concurrieron a perfeccionar el acuerdo y, concretamente, a aquel que declina tal prerrogativa. En

derogable por la voluntad de las partes, y ante la falta de pacto expreso se entiende incorporada en el acuerdo, esto es, resulta vinculante como fuente de derecho dada la ausencia de dicha derogatoria<sup>77-78</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

Como se señaló desde la parte introductoria, la tesis principal del trabajo se dirigió a proponer una definición alternativa de aquellas reglas que la doctrina –en general– denomina reglas “supletivas” o “supletorias”, evidenciando la conveniencia de sustituir la función “supletoria” como componente fundamental de la definición por la característica de lo “predeterminado”. Sobre este último punto se señaló en su momento que quizá la crítica más predecible y consistente a la tesis en comento se consiste en que, al modificar la denominación de reglas “supletivas” por la de reglas “predeterminadas”, en realidad no se hace otra cosa que reemplazar el vocablo por otro sinónimo: un mero cambio en el lenguaje, que como tal no puede considerarse como un auténtico aporte científico o doctrinal a la discusión. En oposición a esta crítica se indicó que al hablar de reglas predeterminadas en sentido estricto o de derecho predeterminado en sentido amplio, ello permitía evidenciar de una manera más clara la conexión entre acto con la anterioridad propia de la regla (el *statu quo* previo al contrato), y de ahí con el origen, la formación, el diseño de la misma y la manera como dichas reglas actúan en relación con el comportamiento de los individuos (*v.gr.*, los contratantes) en sus ámbitos privados; puntos estos escasamente analizados por la doctrina, y respecto de los cuales en esta sección

consecuencia, las partes, con las limitaciones anunciadas, tienen el poder de decidir si se desprenden o no de la opción de reclamar la terminación del vínculo cuando no ha habido el acatamiento debido de los compromisos asumidos por una de ellas”: Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 2012, M.P.: RUTH MARINA DÍAZ.

- 77 Esta misma dinámica es equivalente cuando la regla aplicable es de naturaleza imperativa; así por ejemplo, en el marco del derecho del consumo en Colombia, en lo relacionado con las “cláusulas abusivas” de que tratan los artículos 42 y siguientes del Estatuto del Consumidor. Concretamente, si en un contrato al que resulta aplicable dicho Estatuto se pacta alguna de las cláusulas establecidas en el artículo 43 (*v.gr.*, aquella que invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor), este acuerdo se entenderá ineficaz de pleno derecho; sin embargo, en este caso, no es que el contrato carezca de cláusula acerca de la prueba del perjuicio, como tampoco que el contrato en sí sea nulo, sino que se aplican precisamente las reglas imperativas relativas a la carga de la prueba establecidas en el mismo Estatuto (arts. 10.º inc. 2.º, 16, 21, 22 y 24 par., entre otros).
- 78 La posición defendida tiene cierto soporte en la doctrina. En efecto, DÍEZ GARCÍA (ob. cit., p. 946) indica que cuando en un contrato se contraviene una norma imperativa, la integración del contrato ocurre solo en el caso de tratarse de una nulidad parcial, respecto de la cual sea necesario proceder a sustituir lo acordado. El problema surge en torno a la integración del contrato parcialmente nulo. En este caso, propone la autora que si las partes pactaron expresamente la posibilidad de la nulidad parcial y cláusulas de salvaguarda, a ellas deberá acudirse en primer lugar; y, si ello no se pactó, entonces “solo cabrá acudir al Derecho dispositivo y a falta de él, deberán aplicarse las reglas deducibles del principio de buena fe aplicado en función de integración”.

presentaremos una serie de ideas con el fin de (i) hacer frente a la crítica indicada y (ii) reabrir el debate y dirigir la discusión hacia aquellos ámbitos escasamente analizados por la doctrina.

Con el objeto señalado, lo primero es que en estricto sentido no debiera ser motivo de una auténtica preocupación el tipo de denominación en concreto de las reglas objeto de análisis del presente trabajo, pues de hecho –como se evidenció en este trabajo– diferentes doctrinantes han aludido a las mismas a través de múltiples títulos tales como reglas supletivas, supletorias, dispositivas, integrativas, complementarias, reglas por defecto<sup>79</sup>, predeterminadas, etc. Con todo, se insiste en que al aporte principal que se pretende hacer a la discusión es respecto de la definición, no respecto de la denominación como tal de las reglas.

Ahora, al margen de lo anterior, lo cierto es que hablar de lo “predeterminado”, sobre cualquiera de las otras denominaciones indicadas, ciertamente acentúa el aspecto de la precedencia de la regla respecto del acto en el cual esta se integra. En este sentido, la regla predeterminada siempre es –por antonomasia– parte del *statu quo*, en el sentido de haber sido creada y de ser preexistente al acto en el cual se manifiesta la voluntad individual.

De suerte que, al instante previo al perfeccionamiento del acto en cuestión, todas las reglas –predeterminadas– se disponen simultáneamente, se ponen al servicio, y en efecto sirven a los individuos, ya sea (i) insinuando, aconsejando a estos lo que resulta hipotéticamente más conveniente para sus intereses, lo cual es particularmente relevante cuando se parte de la presunción cierta del desconocimiento de estos acerca de lo que resulta precisamente “más adecuado” para ellos mismo, o al menos, (ii) “aligerándoles la carga”, en el sentido de la no necesidad de que los individuos repliquen explícitamente en el acto concreto –a través de una cláusula– el contenido de la regla predeterminada, lo que se da en caso de partirse de la presunción contraria de que las partes sí conocen cuál es la regulación “más adecuada” a sus propios intereses<sup>80</sup>.

Nótese que en el párrafo anterior se está retomado la idea de la naturaleza diferenciable de la función de la regla predeterminada según que la laguna sobre la cual actúa obedezca a un proceso irreflexivo o reflexivo de los individuos, tal y como se sostuvo en la sección primera de este trabajo. Sobre este particular, y tal como también se resaltó, cuando la laguna sea el resultado de un actuar irreflexivo, la función de la regla coincidirá efectivamente con la función “supletiva” como suele tratarse mayoritariamente por la doctrina. En este caso, como se dijo, la regla predeterminada “llena”, “suple”, “remedia”, dota de contenido a la laguna,

79 Sobre el alcance del término “reglas por defecto” y la razón de sustituir el mismo por el de “reglas predeterminadas” a partir del presente trabajo, cfr. nota 12.

80 En este punto estamos refiriéndonos a las diversas e hipotéticas funciones que pueden cumplir las reglas predeterminadas según explican OSPINA Y OSPINA (ob. cit., p. 14), DE CASTRO Y BRAVO (1985b, ob. cit., p. 80), tal y como se indica en notas 32, 34 y 83.

interpolando la cláusula que desde la perspectiva del legislador en particular, o del derecho en general, resulta "más recomendable".

Los acentos sobre lo que resulta "más recomendable" no son casuales, pues si la regla funciona efectivamente como una "recomendación" dirigida a los individuos, esta no puede ser –valga la redundancia– cualquier "recomendación". Así las cosas, se colige que el contenido específico, el diseño como tal de la regla, es decir, lo que se supone más aconsejable para los individuos, es una cuestión sensiblemente relevante que sin embargo es analizada de manera solo marginal –al menos desde esta perspectiva– por la doctrina.

Sobre este particular y tal como lo argumenta AYRES<sup>81</sup> en el contexto del derecho anglosajón, cabe mencionar que la historia reciente de la teoría contractual cuyo eje sean las reglas predeterminadas (*A default-centric vision of contract law*) puede contemplarse como un camino secuencial en torno a tres preguntas que identifican a igual número de etapas. La primera de estas etapas culmina entre mediados y finales de los años ochenta, cuando la teoría giró en torno a la pregunta de si en el ámbito del derecho de contratos determinadas reglas debieran ser de naturaleza imperativa o dispositiva. La segunda etapa, cuyo apogeo tuvo lugar a finales de los años noventa –pero que sin embargo todavía subsiste–, se abstrae de la pregunta anterior, y en su lugar se concentra exclusivamente en el análisis teórico de las reglas predeterminadas, abordando específicamente la cuestión de la forma, esto es, el diseño adecuado de la regla predeterminada. Finalmente, en la última década la teoría ha continuado su evolución, y en este orden ha empezado a abordar analíticamente tipologías específicas de reglas predeterminadas determinadas por la amplitud o restricción de la libertad que debieran tener los individuos para pactar en torno a dichas reglas.

Ahora, un rasgo común de las tres etapas y las preguntas resaltadas en el párrafo anterior es que las mismas suponen una aproximación normativa al derecho de contratos, en lo que se refiere específicamente a las reglas predeterminadas, y como toda aproximación de tal naturaleza, se requiere de alguna teoría –también normativa– que la soporte.

En este contexto y en lo que corresponde a la primera pregunta, en el ámbito del derecho codificado (*v.gr.*, la tradición europea y latinoamericana) pareciera ciertamente que la tendencia histórica y doctrinal se ha dirigido a recomendar mayores espacios a las reglas predeterminadas sobre las imperativas, tal como se sugirió en la parte introductoria de este trabajo<sup>82</sup>. Respecto de la segunda pregunta,

81 Ob. cit.

82 Por supuesto que esta idea puede relativizarse, en el sentido de que, por ejemplo, existen realidades, tales como los contratos por adhesión y/o la contratación en el ámbito del derecho del consumo, que han requerido un mayor nivel de intervención del Estado, en ocasiones restringiendo la libertad contractual a través de un mayor número de reglas imperativas.

el análisis ha sido más bien marginal, y pareciera que se ha concentrado en advertir en términos muy generales, de hecho especulativos –desde una perspectiva positiva–, el porqué las reglas tienen esta u otra forma<sup>83</sup>, sin que se haya abordado realmente la cuestión normativa, vale decir, lo relativo al diseño “adecuado” de la norma. Finalmente, respecto de la tercera pregunta no se verifica actualmente ningún aporte significativo por parte de la doctrina<sup>84</sup>.

Lo anterior para evidenciar que hoy en día –en el ámbito del derecho europeo y latinoamericano– existe un área escasamente explorada en el derecho de contratos<sup>85</sup>, y que concretamente, según lo anotado, resulta pertinente y necesario explorar especialmente las cuestiones relativas a (i) el contenido, el diseño de la regla predeterminada desde el punto de vista normativo, y (ii) si acaso existen o deberían existir tipologías específicas de reglas predeterminadas respecto de las cuales los individuos tengan diferentes grados de libertad para modificar su contenido en sus actos concretos.

Con todo, en las últimas líneas que restan de este trabajo, y a título meramente propositivo, se esbozarán subrepticamente algunas ideas que ciertamente pueden dar pistas acerca de la posibilidad de contar con una aproximación teórica que de respuesta a las cuestiones señaladas, en el ámbito del derecho codificado.

83 En efecto, las aproximaciones doctrinales sobre este punto son escasas mas no inexistentes. Sobre el particular, por ejemplo, vale citar la opinión de OSPINA Y OSPINA (ob. cit., p. 14) cuando indican que es la “experiencia milenaria” la que determina cuál es la reglamentación “más aconsejable”, aplicable a los actos de los particulares, situación esta que adquiere especial relevancia cuando se parte de la presunción de ignorancia individual acerca de lo que resulta más conveniente para cada cual. También es rescatable al respecto la opinión de DE CASTRO Y BRAVO (1985b, ob. cit.) cuando indica que el derecho dispositivo está conformado por manifestaciones acerca de lo que se considera “la regulación normal”, regulación esta en la cual el legislador mismo ha ponderado cuidadosamente la situación normal (podría decirse la más recurrente) en la que opera cada regla, de lo que efectivamente se deduce que la forma de la regla no puede ser cualquiera. Finalmente, vale citar también a STIGLITZ Y STIGLITZ (OB. CIT., p. 119) quienes mencionan que “[el contenido de la norma supletoria] se halla consustanciado con las prácticas habituales seguidas en los negocios, al punto que puede conjeturarse que de no haber los contratantes guardado silencio, esas habrían sido las reglas queridas”.

84 Acá vale destacar sin embargo la propuesta de CARRASCO (OB. CIT., pp. 503 Y SS.), quien aduce que el conjunto de normas que constituyen el derecho dispositivo no son simplemente aquellas normas que tienen en común ser susceptibles de excluirse en su aplicación por decisión de las partes, pues, por el contrario, estas normas pueden diferenciarse de acuerdo a su estructura, sus funciones y el grado de resistencia al acuerdo derogatorio de las partes. En este orden, el autor sostiene que las reglas dispositivas pueden clasificarse instrumentalmente en el ámbito de la integración contractual en las siguientes tipologías: (i) normas que desenvuelven los elementos naturales del contrato; (ii) normas de asignación neutral; (iii) normas de exclusión convencional de remedios legales contractuales; (iv) normas sobre definiciones; (v) normas interpretativas de una voluntad negocial no expresa; (vi) normas presuntivas de voluntad contractual; (vii) Normas autodispositivas; (viii) normas de opciones abiertas, y (ix) normas contractuales imperativas y normas de delimitación de tipos contractuales.

85 Esto no significa en absoluto que la cuestión relativa a si determinadas reglas debieran ser de naturaleza imperativa o dispositiva sea un tema agotado.

Para estos efectos, vale retomar la "atrayente" idea indicada en la parte introductoria acerca de la manera como un segmento de la doctrina anglosajona analiza las reglas predeterminadas: concretamente, la analogía que en ocasiones se hace entre dichas reglas y las opciones preconfiguradas en materia de software<sup>86</sup>.

En este orden, por ejemplo, KESAN, y SHAH<sup>87</sup> argumentan que –como se sigue del Teorema de Coase<sup>88</sup>– la (pre)asignación de derechos establecida a través de la regla predeterminada es irrelevante si no existen costos de transacción. Dado este supuesto, ni los reguladores –respecto de las reglas predeterminadas– ni los programadores de software –respecto de las opciones predeterminadas en los programas– deberían preocuparse por el contenido, el diseño de la regla predeterminada. Siguiendo con estos autores y se acuerdo con esta aproximación coaseana, la regla predeterminada debería establecerse y dirigirse solamente a reducir los costos de transacción<sup>89</sup>.

La idea es que la configuración [el contenido, de la regla] predeterminada debería ser lo que las partes habrían acordado si los costos de transacción fuesen lo suficientemente bajos. Esta aproximación es conocida como la del estándar "que se hubiera querido", y es el enfoque general utilizado para establecer [diseñar] reglas predeterminadas en el derecho de contratos<sup>90</sup>.

Es en este punto en donde el paralelo entre reglas predeterminadas (en el derecho de contratos) y opciones preconfiguradas (en software) se torna consistente, a lo cual se añade el paralelo –también consistente– entre reguladores, legisladores (*lawmakers*) y programadores de software; sobre este punto señala AYRES:

86 Cfr. AYRES, ob. cit.; BARNETT, ob. cit.; KESAN Y SHAH, ob. cit.

87 Ob. cit.

88 Cfr. R. COASE. "El problema del costo social", en *Estudios Públicos*, n.º 45, 1992, pp. 81-134.

89 El autor en este punto cita a R. POSNER (*Economic Analysis of Law*, 6.ª ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2003, p. 413), quien efectivamente indica que –desde una perspectiva normativa– las reglas predeterminadas "deberían reducir los costos de transacción proveyendo las cláusulas contractuales que las partes, de otra manera, hubieran tenido que adoptar por acuerdo expreso". En este mismo sentido M. TREBILCOCK (*The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Mass., 1993, p. 122) indica que la regla que las partes desearían pactar ("*majoritarian*" *default rule*) es la misma que desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho se considera como aquella que minimiza los costos de transacción.

90 KESAN y SHAH, ob. cit., p. 618. Sobre este particular, autores como BARNETT (ob. cit) y R. CRASSWELL ("*Two Economic Theories of Enforcing Promises*", en *The Theory of Contract Law*, de Peter Benson, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 19-44) aluden al término "reglas predeterminadas mayoritarias" ("*majoritarian*" *default rules*) para referirse a aquellas reglas que la mayoría de las partes pactarían. El fin que se persigue con este tipo de reglas se dirige a "reducir el número de partes que tendrían que modificar lo predeterminado, por lo que podría ser considerado deseable dependiendo de la coherencia de la regla con la libertad de contratación" (CRASSWELL, ob. cit., p. 43).

El trabajo principal del programador de software es facilitar la autonomía del usuario. Los programas incluyen las opciones predeterminadas que la mayoría de los usuarios quieren, y proporcionan mecanismos de bajo costo para la modificación de estas opciones. Es decir, tanto los programadores como los legisladores que establecen el derecho contractual deben establecer predeterminadamente las opciones que escoge la mayoría, así como minimizar los costos para alterarlas<sup>91</sup>.

De lo indicado resultan predecibles un par de preguntas, a saber, una de tipo metodológico y la segunda de tipo teórico: (i) ¿es factible adaptar –al menos parcialmente– las ideas recién señaladas al contexto del derecho codificado?, y (ii) ¿qué tipo de implicaciones podrían advertirse de abordarse el estudio del derecho de contratos de conformidad con el enfoque señalado?

Respecto de la primera pregunta, la respuesta es al menos inicialmente afirmativa. En efecto, en el ámbito de la doctrina codificada, y tal como se señaló previamente, autores como OSPINA y OSPINA<sup>92</sup> señalan que es la experiencia, esto es, el paso del tiempo, lo que ha determinado el diseño de la regla predeterminada; a su turno, DE CASTRO Y BRAVO<sup>93</sup> advierte que las reglas predeterminadas (en el caso de estos autores, reglas dispositivas) recogen lo que se presume querido por las partes, y en esta medida no se conciben como “[normas] adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal [...]; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes”<sup>94</sup>; finalmente, STIGLITZ y STIGLITZ<sup>95</sup> mencionan que el contenido de la norma recoge “la práctica habitual del negocio”, lo que podría equipararse a lo “querido” por los contratantes.

Como se ve, desde cualquiera de las aproximaciones positivas señaladas en el párrafo anterior, lo que enseña la experiencia, en un caso, o lo que desde la perspectiva del regulador (*lawmaker*) se considera la regla más común que se adoptaría por las partes, es lo que determina el diseño que efectivamente tiene la regla predeterminada, esto es, el *statu quo* en el instante previo al acto. Este par de aproximaciones, además de guardar identidad con las nociones normativas señaladas previamente y referidas a que las reglas predeterminadas deben ser aquello “que se hubiera querido” por las partes, tal como lo refieren KESAN y SHAH<sup>96</sup>, y/o que la regla debiera ser aquella que “escogería la mayoría” de los individuos, de la forma resaltada por AYRES<sup>97</sup>, se replican análogamente en el ámbito del software. Así por ejemplo, en lo que corresponde a la “experiencia” como determinante de resultados

91 AYRES, ob. cit., pp. 2084-2085.

92 Ob. cit.

93 1985b, ob. cit.

94 *Ibid.*, p. 80

95 Ob. cit., p. 119.

96 KESAN y SHAH, ob. cit.

97 AYRES, ob. cit.

evidenciables en software y de lo se considera más común, puede mencionarse el caso Microsoft y su *Programa para la Mejora de la Experiencia del Usuario* (CEIP, por sus siglas en inglés), mediante el cual, según la empresa, se recopila información sobre cómo algunos usuarios (voluntarios) utilizan los productos Microsoft, así como sobre los problemas que encuentran; la empresa advierte explícitamente que la información que recopila es utilizada para mejorar las características que los usuarios utilizan más a menudo<sup>98</sup>.

De suerte que, en materia de software, los programas poseen un sinnúmero de preconfiguraciones que potencialmente están ahí para que el usuario las modifique y las adapte a sus propios intereses, situación análoga a la que se tiene con las reglas predeterminadas en el derecho de contratos<sup>99</sup>. La disposición inicial de estas preconfiguraciones, o el diseño original de la regla predeterminada, ciertamente depende de la "experiencia" de un cúmulo de individuos y/o de lo "que se considera más común" desde la óptica del programador o del legislador. La labor de estos últimos, una vez verificados los hechos, se debiera concretar en establecer, positivizar la regla recomendada por la experiencia y/o lo más común que sucede en la realidad.

Ahora, en lo que corresponde a las implicaciones relativas a abordar el estudio del derecho de contratos mediante el paralelo mencionado –con lo que sucede en el ámbito del software–, cabe simplemente mencionar que se puede suponer que el común de los usuarios de software (procesadores de texto, hojas de cálculo, sistemas operativos, etc.) realizan pocas modificaciones a las opciones preconfiguradas establecidas originalmente por los programadores; las razones de por qué los usuarios no realizan tales modificaciones se puede deber quizá al desconocimiento acerca de cuáles son exactamente las mejores configuraciones incluso para ellos mismos: un argumento equiparable al mencionado por OSPINA y OSPINA<sup>100</sup> –en materia de contratos– cuando estos se refieren a la presunción cierta de que los particulares generalmente ignoran cuáles son las reglas más conveniente aplicables a sus actuaciones y transacciones.

Otra posible razón vinculada a la anterior es que los usuarios –del software– eventualmente suponen que si modifican la preconfiguración del programador pueden estar corriendo el riesgo de equivocarse; en este sentido dichas configuraciones actúan como recomendaciones dadas por el programador, y, desde la perspectiva

98 MICROSOFT CORPORATION. *Microsoft Corporation*, febrero de 2009, [<http://www.microsoft.com/products/ceip/ES-ES/default.aspx>], último acceso: 13 de junio de 2013.

99 Por supuesto que esta analogía entre "preconfiguraciones" en materia de software y "reglas predeterminadas" en el derecho de contratos es necesario relativizarlo, en el sentido de que en el derecho de contratos la sola existencia de al menos dos partes en el contrato supone la existencia de relaciones entre ellas, lo cual no encaja adecuadamente con lo que sucede en materia de software, campo en el cual lo que existe en general es una simple relación bidireccional entre programa y usuario.

100 Ob. cit.

del usuario, solo por ser aquel el "mejor" conocedor del programa, las mismas no debieran ser modificadas, dado el riesgo de cometer un error en la decisión.

Si trasladamos el argumento anterior al ámbito de los contratos, inmediatamente surge la necesidad de reflexionar acerca de la forma como "realmente" los individuos ejercen su libertad y autonomía en lo que corresponde a darse sus propias reglas, y de la manera como contemplan la labor del "programador" (*lawmaker*) de las opciones predeterminadas a nivel de acuerdos contractuales privados.

Sobre este particular, puede decirse que –contrario a lo que se infiere del Teorema de Coase– no necesariamente las reglas predeterminadas deberían dirigirse a reducir los costos de transacción, sino que "paradójicamente" quizá lo correcto (al menos en ciertos casos) es que estas reglas se diseñen con el propósito de reducir la probabilidad de error por parte de los individuos; esto es, como señala AYRES<sup>101</sup>, desviarse explícitamente del objetivo –coaseano– de la minimización de costos de transacción como una estrategia dirigida a la reducción de los errores en la toma de decisiones de los individuos, la cual bien pueden estar justificada como una especie de paternalismo "suave" (*soft paternalism*). En este último caso, puede decirse que la razón de que las reglas predeterminadas no sean modificadas por los individuos puede basarse en una "anomalía" del comportamiento derivada de fenómenos tales como la aversión a las pérdidas<sup>102</sup>, el efecto dotación y el sesgo de *status quo*<sup>103</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, Real Colegio de España en Bolonia, 1961.

ARRUBLA, JAIME. "La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano", en *Perspectivas del Derecho del Consumo*, de CARMEN VALDERRAMA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 355-386.

101 Ob. cit., pp. 2084-2085.

102 Este fenómeno fue identificado inicialmente por los psicólogos D. KAHNEMAN y A. TVERSKY ("Teoría prospectiva: Un análisis de la decisión bajo riesgo", en *Estudios de Psicología, Infancia y Aprendizaje*, n.º 30, 1987, pp. 95-134), en su influyente enfoque prospectivo del riesgo.

103 En la doctrina contractual este fenómeno mediante el cual las reglas preconfiguradas se convierten anómalamente en las reglas definitivas suele analizarse bajo el término "*stickiness of default rules*", esto es, la "pegajosidad de las reglas predeterminadas". Sobre este punto vale mencionar la visión de R. KOROBKIN ("The Status Quo Bias and Contract Default Rules", en *Cornell Law Review* 83, marzo de 1998, pp. 608-687), quien defiende que el fenómeno psicológico conocido como "efecto dotación" puede llevar a las partes de un contrato a atribuir una utilidad desproporcionada al "*status quo*" creado por la regla predeterminada, de suerte que los individuos podrían estar predispuestos de manera anómala a aceptar la regla predeterminada independientemente del diseño, esto es, el contenido concreto, de la misma.

- ARTEAGA, JESÚS M. y JAIME ARTEAGA. *Curso de obligaciones*, Bogotá, Temis, 1979.
- AYRES, IAN. "Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules", en *The Yale Law Journal* 121, n.º 8, junio de 2012, pp. 2032-2116.
- AYRES, IAN y ROBERT GERTNER. "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", en *The Yale Law Journal* 99, n.º 1, octubre de 1989, pp. 87-130.
- BARNETT, RANDY. "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", en *Virginia Law Review* 78 (1992), pp. 821-911.
- BARRERA, CARLOS D. *Las obligaciones en el Derecho Moderno*, Bogotá, Temis, 2004.
- BETTI, EMILIO. *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. MARTÍN PÉREZ, Granada, Comares, 2000.
- BIANCA, C. MASSIMO. *Derecho civil*, 3, "El contrato", 2.ª ed. en español, trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BOHÓRQUEZ, ANTONIO. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano: Anotaciones para una teoría general: Noción, elementos estructurales, eficacia e ineficacia*, vol. I, Bogotá, Doctrina y Ley, 2004.
- CALABRESI, GUIDO. "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: Un vistazo a la catedral", en *Estudios Públicos*, n.º 63, invierno de 1996, pp. 347-391.
- CARIOTA, LUIGI. *El negocio jurídico*, trad. Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar, 1956.
- CARRASCO, ÁNGEL. *Derecho de Contratos*, Pamplona, Thomson Reuters, 2010.
- COASE, RONALD H. "El problema del costo social", en *Estudios Públicos*, n.º 45 (1992), pp. 81-134.
- COOTER, ROBERT y THOMAS ULEN. *Derecho y Economía*, trad. EDUARDO L. SUÁREZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CRASSWELL, RICHARD. "Two Economic Theories of Enforcing Promises", en *The Theory of Contract Law*, de Peter Benson, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 19-44.

- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas, 1985a.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985b.
- DÍEZ GARCÍA, HELENA. *La integración del contrato. Diferencias con la labor de interpretación*, vol. 1 de *Tratado de Contratos*, de RODRIGO BERCOVICH, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 900-997.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, 5.ª ed., vol. 1, Madrid, Tecnos, 1984.
- FERRI, LUIGI. *La autonomía privada*, trad. LUIS S MENDIZÁBAL, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- GUASTINI, RICCARDO. "Antinomias y lagunas", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 29 (1999), pp. 437-450.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Derecho Civil, Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969.
- KAHNEMAN, DANIEL y AMOS TVERSKY. "Teoría prospectiva: Un análisis de la decisión bajo riesgo", en *Estudios de Psicología: Infancia y Aprendizaje*, n.º 30 (1987), pp. 95-134.
- KESAN, JAY P. y RAJIV C. SHAH. "Setting Software Defaults: Perspectives from Law, Computer Science and Behavioral Economics", en *Notre Dame Law Review* 82, n.º 2 (2006), pp. 583-634.
- KOROBKIN, RUSSELL B. "The Status Quo Bias and Contract Default Rules", en *Cornell Law Review* 83, marzo de 1998, pp. 608-687.
- LAITHIER, YVES-MARIE. *Las reglas supletorias y el derecho de contratos*, vol. 1 de AA.VV. *Estudios de Derecho Continental en Colombia y Francia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 413-423.
- MENDOZA, ÁLVARO. "Antecedentes nacionales de la Ley 1258 de 2008", en *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, de Francisco Reyes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-46.
- MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina general del contrato*, 3.ª ed., trad. R. FONTANARROSA, S. SENTÍS y M. VOLTERRA, Buenos Aires, EJEA, 1986.

- MESSINEO, FRANCESCO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentís, vol. I, "Introducción", Buenos Aires, EJEA, 1954.
- MICROSOFT CORPORATION. *Microsoft Corporation*, febrero de 2009, [<http://www.microsoft.com/products/ceip/ES-ES/default.aspx>], último acceso: 13 de junio de 2013.
- MONROY, DANIEL. "Aproximación económica a la regulación en el Derecho de Contratos: el porqué de las reglas por defecto", en AA.VV. *Serie de Derecho Económico: La regulación económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 91-135.
- MONROY, DANIEL. "Enfoques teóricos de las reglas por defecho en el Derecho de contratos: Complementariedades, coincidencias y contradicciones", en *Working Paper*, noviembre de 2012, pp. 1-30.
- MOSSET, JORGE. *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- OSPINA, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2005.
- POSNER, RICHARD. *Economic analysis of law*, 6.ª ed., Nueva York, Aspen, 2003.
- SALAZAR, DIEGO. "Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual", *Revista Derecho Privado* 18, n.º 37, diciembre de 2006, pp. 3-56.
- SCHWARTZ, ALAN. "The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law", en *Faculty Scholarship Series-Paper*, Paper 1085, 1994, pp. 389-419.
- STIGLITZ, RUBÉN. "Contenido del contrato", en *Contratos*, de FÉLIX TRIGO y RUBÉN STIGLITZ, Buenos Aires, La Rocca, 2001, pp. 149-186.
- STIGLITZ, RUBÉN y GABRIEL STIGLITZ. *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- TREBILCOCK, MICHAEL. *The Limits of Freedom of Contract*, Massachusetts, Harvard University Press, 1993.

## **Regulación y jurisprudencia**

Código Civil colombiano.

Constitución Política de Colombia.

Decreto Ley 2820 de 1974, "por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones".

Ley 1258 de 2008, "por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada".

Ley 28 de 1932, "sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio)".