

# El inconveniente intersubjetivo consensual de la finitud del objeto en contratos de transferencia de conocimiento<sup>1</sup>

## The consensual intersubjective inconvenient of the object in knowledge transfer contracts

**DIEGO F. YANTEN CABRERA**

*Abogado, Magíster en Derecho Administrativo. Director de la Maestría en Derecho Médico de la Universidad Santiago de Cali  
Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho.  
Calle 5 No. 62-00. Campus Pampalinda Puerta Principal  
Santiago de Cali-Colombia  
Email: diego.yanten00@usc.edu.co*

**CATALINA GUZMÁN ARANGO**

*Abogada, Magíster en Administración MBA. Coordinadora de la Oficina de Propiedad Intelectual, Transferencia de Tecnología  
Conocimiento e Innovación de la Universidad Santiago de Cali, docente titular de los espacios académicos Contratación Privada  
y Legislación Publicitaria para la misma Universidad. Email: catalina.guzman00@usc.edu.co*

### Para citar este artículo:

Yanten Cabrera, D y Guzmán Arango, C (2017) El inconveniente intersubjetivo consensual de la finitud del objeto en contratos de transferencia de conocimiento. Justicia Juris, 13 (2), 34-45

**Recibido:** Abril 17 de 2017

**Aceptado:** Junio 20 de 2017

DOI: <http://>

### RESUMEN

*El postulado de la autonomía privada, cuanto también, de la materialización de fines esencialmente estatales y su desarrollo dispositivo-jurídico proyectado, específicamente, en el negocio jurídico, irreprimentemente, contiene la lógica necesidad del concurso de consentimiento, objeto y causa lícita, sensu contrario, la (in)finitud del objeto, siendo lícito, y la indeterminación conceptual sobre el mismo puede degenerar en la nulidad del contrato, precisamente, porque, en tratándose de los actos jurídicos atípicos de transferencia de conocimiento, e. g. convenios especiales de cooperación, la concreción intersubjetiva del consenso establece los límites y el portal volitivo de los contratantes. Sin embargo, cabe preguntar, ¿qué ocurre cuando los contratantes desean generar obligaciones recíprocas dentro de un negocio jurídico perfecto, privado o estatal, y las mismas se encuentran difusas, pese a que la declaración vinculante es unánime, porque son el resultado de discursos con proyección jurídica sin la participación de un mismo sentir contractual?*

**Palabras clave:** *acto administrativo, ciencia tecnología e innovación, consensualidad, contrato, negocio jurídico, objeto lícito, transferencia.*

### ABSTRACT

*The postulate of private autonomy contains the materialization of essentially state aims and its legal-juridical development, specifically projected in the legal business as well as the logical necessity of the contest of consent, object and lawful cause, au contraire, The (in)finity of the object, being lawful, and its conceptual indeterminacy can degenerate in the nullity of the contract. Precisely this is because, in the case of atypical legal acts of knowledge transfer, e.g. Special agreements of cooperation, the intersubjective concreteness of the consensus establishes the limits and the voluntary portal of the contracting parties. However, it should be asked, ¿what happens when contractors want to generate reciprocal obligations within a perfect legal business, private or state, and they are diffuse, although the binding statement is unanimous, because they are the result of speeches with Legal projection without the participation of the same contractual feeling?*

**Key Words:** *Administrative act, consensual agreement, contract, lawful object, Legal business, science technology and innovation, transfer.*

<sup>1</sup> Artículo de reflexión producto de las investigaciones intituladas: "La Teoría del Precedente Administrativo desde la Perspectiva de la Naturaleza Irrebasable del Derecho", adscrita al grupo de investigación Ataraxia de la Universidad Santiago de Cali y el "Análisis y Caracterización de los Contratos Usados para la Transferencia Tecnológica y su Incidencia en la I + D + i en Colombia", perteneciente al grupo de investigación Eduardo Umaña de la Facultad de Derecho de la misma institución.

## 1. El negocio jurídico y sus elementos sustanciales

El *contractus*, especialmente, aquel relacionado con actividades de ciencia, tecnología e innovación presupone, desde la perspectiva del Sistema Jurídico, la posibilidad de concreción programática de voluntades particulares –*negotii contractus* privado–, administrativo-particulares e interadministrativas –contrato estatal– que se extienden hacia la producción de verdaderas obligaciones jurídicas recíprocas y jurídico–concretas<sup>2</sup>

... los contratos legalmente formados, tienen fuerza de ley para quienes los han celebrado. Interpretándolo correctamente, precisa decir que el contrato solo es ley para las partes, cuando toma su fuerza de la majestad de la ley positiva, y a este respecto no hace más que hallarse en plena concordancia con las disposiciones que aquella postula (Lutzesco, 2006 : 25).

Este contexto establece una esfera de actuación autónoma de las partes–contratantes para desplegar sus propósitos vitales con la concurrencia de actos jurídicos/administrativos, sin los cuales las posibilidades de adquirir lo deseado y, para el caso de la contratación estatal, la efectividad de los fines esenciales del Estado (artículo 2 C. N.)<sup>3</sup>, sencillamente, desaparecen

... el principio de autonomía de la voluntad privada en el marco del Estado colombiano debe ser interpretado conforme con los principios,

2 El Máximo Tribunal Constitucional ha sido conteste respecto de este presupuesto al afirmar, reiterativamente, que: “*Surgen obligaciones concretas del postulado constitucional contenido en artículo 2º Superior, según el cual dentro de los fines esenciales del Estado está “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”.* Con fundamento en esto, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido el denominado “principio de eficacia de la administración pública”, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichos problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos (Corte Constitucional, 2009a).

3 Resulta una verdad consabida, aquella que estipula que el propósito de la Contratación Estatal no es otro que la esencia misma del Estado, su extensión obligacional. A este respecto se ha precisado: “*El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”.* (Corte Constitucional, 2009b).

valores y derechos reconocidos por la Carta y propios del Estado Social de Derecho, lo cual significa que el postulado, como ya se señaló, no tiene una connotación absoluta, y por tanto admite excepciones, relacionadas entre otras, con la realización de la justicia y el respeto de los derechos fundamentales.

Finalmente debe precisar la Corte que, este principio encuentra consagración legal en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” en concordancia con el artículo 16 del mismo ordenamiento, el cual establece que “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, que como ya se dijo, en nuestro contexto debe ser interpretado a la luz de la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2008).

Podría, incluso, aventurarse a afirmar que esta discrecionalidad y habilitación legal supone una sub-forma de creación de normas de carácter positivo y limitante, una esencial y lógica discrecionalidad en sentido débil (Dworkin, 1997 : 83 – 84)<sup>4, 5</sup>,

4 De lo que se trata aquí, es de advertir, acertadamente, que, incluso, dentro del contexto jurídico–creador que presupone en su propia naturaleza la autonomía privada y la consecución de fines esenciales del Estado, aquella siempre se encuentra reglada por el carácter dispositivo del Sistema Jurídico que la regula. Dworkin, consciente de esta dependencia sistemática sintetiza: “¿Qué significa, en la vida ordinaria, decir que alguien ‘tiene discreción’? Lo primero que hay que observar es que el concepto sólo tiene significación en algunas situaciones especiales... El concepto de Discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada... Siempre tiene sentido preguntar: ‘discreción, ¿según qué normas?’ o: ‘Discreción, ¿según qué autoridad?’. Generalmente, el contexto simplificará la respuesta a esta cuestión, pero en algunos casos el funcionario puede tener discreción desde un punto de vista, pero no desde otro...”

5 Es bastante notoria y conocida la famosa disputa existente entre el ala supuesta por Dworkin y los defensores del *soft positivism*. Lo cierto es que el artículo se entrelaza más con el esquema de este último, pues reconoce la necesaria concurrencia de la subjetividad *ab intra* del Sistema Jurídica producto de la indeterminación de los estándares jurídicos. A este respecto valga recordar a Hart, quien, sugestiva y acertadamente, manifiesta: “Mi tesis...es que las reglas y los principios jurídicos identificados en términos generales por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, habitualmente tienen lo que llamo frecuentemente “textura abierta”. De tal forma, que, cuando la cuestión es saber si una regla dada se aplica a un caso particular, el derecho no puede dar una respuesta en ningún sentido y, así, se muestra parcialmente indeterminado. Estos casos no son meramente ‘casos difíciles’ controvertibles en el sentido de que juristas razonables e informados puedan estar en desacuerdo sobre qué respuesta es jurídicamente correcta, sino que el derecho, en tales casos, es fundamentalmente *incompleto*: no proporciona ninguna respuesta a la cuestión planteada. Estos casos son jurídicamente no regulados y para pronunciar una resolución los tribunales tienen que ejercer la restringida función jurídico creadora que llamo: ‘discrecionalidad judicial’. (2000, 28 – 29).

siempre supeditada a la esencia irreprimitible y total del Sistema Jurídico, lo que se traduce en una voluntad absoluta sobre los propósitos de vida y las obligaciones jurídico-estatales vinculantes, empero limitada por disposiciones jurídicas superiores, legales, reglamentarias y particulares

La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación (Corte Constitucional, 2013).

No obstante, esa sub-producción normativa que se arrojan las partes contratantes para generar actos jurídicos, como también, actos administrativos bilaterales, viene precedida de unos requisitos formales y fundamentales, los cuales de carecer supondrían la inexistencia obligacional, la insubsanabilidad del acto, la subsanabilidad de cláusulas contractuales *contra legem* pero remediables, la degeneración en un negocio jurídico no querido por las partes, la vinculatoriedad no deseada de *naturalia negotii* del objeto jurídico contratado, entre otros cien inconvenientes de la no concreción programática del acto jurídico negocial, que alcanzan, incluso, la suspensividad de la materialidad del negocio, entretanto no se concentren las voluntades sobre un mismo punto, esto es, la definición del objeto contractual, lo que degenera en verdaderas obligaciones resarcitorias<sup>6</sup>

... si bien en todo contrato bilateral rige el principio de la reciprocidad de las obligaciones, puede suceder que por diversas circunstancias, y en distintos tiempos, uno de los contratantes (o, incluso, ambos) sufra una disvaliosa que provoca indefectiblemente la ruptura del sinálgama ínsito en todo acuerdo voluntades, aun en aquello que están sujetos a un acontecimiento incierto (Stiglitz, 1990: 543).

Lo que se viene subrayando, no es otra cosa, que los plurimencionados elementos esenciales del contrato, contemplados en el artículo 1502 del Código

Civil colombiano, norma jurídica que establece:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1. Que sea legalmente capaz.
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito
4. Que tenga una causa lícita

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

De la disposición jurídica transcrita se desprende la concurrencia de tres elementos fundacionales del acto jurídico, lo cual, *prima facie*, puede aparentar ser una interpretación deformista del artículo en mención, sin embargo, la lógica integracional implica que la capacidad jurídica es un elemento inseparable de la subsecuente consensualidad contractual

... el primer elemento constitutivo de todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza, es la *capacidad* de quienes lo celebran. Aunque del artículo 1445 pareciera desprenderse que la capacidad sólo debe concurrir en quien se obligue por el contrato, pues el N° 1 la exige para él únicamente, es lo cierto que ambos contratantes deben ser capaces (Josserand,: 28).

...por ende, un error común se expresa en la separabilidad entre consentimiento y capacidad, siendo improcedente la postura dogmática que así lo manifiesta, pues lo que en realidad existe entre consentimiento y capacidad es una relación de complementariedad, esto es que, la capacidad es *condictio sine qua non* del consentimiento jurídicamente vinculante

... la coincidencia simultánea y copulativa de los actos jurídicos de la oferta y la aceptación constituyen el momento de la formación y perfeccionamiento del contrato. *La oferta* constituye la proposición de un negocio jurídico, y la *aceptación*, configura la declaración de conformidad con los términos de la oferta. Las relaciones jurídicas que se producen por motivo de la celebración de un convenio, están reglamentadas, tanto en su formación como en su cumplimiento por la ley común a fin de evitar abusos e injusticias; por tal razón existen requisitos preestablecidos en el Código Civil para la celebración de los contratos, que de no concurrir pueden invalidar o dejar sin efecto el mismo, o que concurriendo, es posible que du-

6 La jurisprudencia contencioso – administrativa patria, ha sido elocuente al afirmar que la suspensión del contrato precede al resarcimiento, toda vez que exista incumplimiento de obligaciones contractuales: "... la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo 1602 del Código Civil. En ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo..." (Consejo de Estado, 2010).

rante la vida del contrato se presenten hechos o acontecimientos provenientes de la voluntad de las partes o de la ley, que determinen que el contrato deba desaparecer: en el primer caso nos encontramos, por regla, general ante los fenómenos de la inexistencia y de la nulidad; en el segundo, ante el fenómeno de la resolución... (Canosa, 2005: 39 – 40).

La aserción de que se habla se fortalece, toda vez que, ocasionalmente es posible encontrar *ab intra* del contrato estatal, la referencia directa a una capacidad posteriormente malograda por culpa del contratante que adhiere a su actuación el incumplimiento, quien ya una vez procede a proyectar su consentimiento, encuentra estar inhabilitado para contratar con la Administración porque, precisamente, a su despliegue actitudinal pretérito acompañó una responsabilidad contractual que —en derecho disciplinario— constituye exclusión de la función administrativa contractual

*Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia (Corte Constitucional, 1996).*

Este esquema periclitaa la nada jurídica la declaración expresada y concretada en el consentimiento, la cual no produce vinculación alguna, pues, carece de su elemento constitutivo, esto es, capacidad para generar actos administrativos bilaterales, para la consecución de fines esenciales del Estado, de la mano de la Administración Pública, quien imposibilitada para contratar, de hacerlo entraría lanza en ristre contra el principio de transparencia contractual<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> A este respecto la Corte Constitucional, no duda en agregar: “La ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 60.). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad. La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual (1996).

Bajo ese contexto, son elementos esenciales del contrato, el consentimiento, la causa y el objeto, pues la inconcurrencia de uno de ellos degenera en la inexistencia del acto. No obstante, una afirmación contraria, esto es, la concurrencia de los elementos esenciales pueden generar una igual consecuencia, puesto que, si la consensualidad contractual no supone una intersubjetividad que conlleve a un entendimiento claro de lo que se desea contratar y los límites negociales de ese acto *inter partes* la concurrencia de error es innegable.

La presencia de los elementos del contrato, expresados como indeterminados en la relación contractual, se suscita toda vez que, como señala la filosofía analítica, la representabilidad de la conciencia sobre el mundo y la asunción colectiva de esa representación es, eminentemente, problemática, gracia del *linguistic turn*

... en lo que se refiere a la objetividad de la experiencia (es decir, en el eje lenguaje-mundo), una disolución de la unidad transcendental de la aperccepción en una diversidad de perspectivas o aperturas del mundo inherentes a las lenguas históricas y, por ello, tan contingentes e históricamente cambiantes como éstas. Elimínase con esta disolución al mismo tiempo —como carente de sentido— el supuesto de un mundo objetivo unitario de entidades extralingüísticas: dada la incommensurabilidad de las perspectivas del mundo inherentes a los diversos lenguajes, conceptos como «referencia» y «verdad» se convierten en magnitudes inmanentes al lenguaje, quedando con ello relativizadas en su validez y alcance... (Lafont & Peña, 1999: 2).

...a lo cual se suma que la indeterminación normativa aúna a esta problematicidad un grado de irresolubilidad aún mayor, quedando el contrato librado a soluciones *ad hoc* cuando los contratantes, una vez gestado el negocio jurídico, disienten en los límites y obligaciones *quid pro quo* derivadas

... calificar un hecho conlleva, por un lado, precisar el significado del texto en cuestión para aplicarlo al caso concreto; por ejemplo: someter al régimen del artículo 2350 C.C. Col. los daños causados por una teja que cae de un techo averiado por las lluvias implica considerar al inmueble como “edificio en ruinas” y si el condenado a indemnizar no es el dueño sino el poseedor, esto conlleva a atribuir un significado preciso a la palabra “dueño”. Así, pues, el significado de los textos normativos es determinado por el uso que de ellos hacen los jueces cuando los aplican a los casos concretos.

Por otro lado, la calificación de un hecho necesita también que éste sea interpretado. Así, pues, para saber si un contrato será calificado como compraventa, es necesario interpretar las actuaciones de los sujetos como un ejemplar de contrato, es decir, considerar que los actos comunicativos emitidos constituyeron una oferta y una aceptación. Considerar que el daño que causó Fulano con su automóvil se someterá al régimen de responsabilidad por actividades peligrosas (artículo 2356 C. C. Col.) implica interpretar el hecho de estacionar el vehículo en un cruce de caminos como “conducir un automóvil”. De igual manera, para saber si el contrato celebrado entre una compañía multinacional y un intermediario para que éste influya en las autoridades de un país del tercer mundo que abre una licitación para otorgar una concesión de obras públicas puede anularse, hay que entrar a determinar si esto constituye una “causa ilícita” -y en el caso de un contrato internacional, habría incluso que entrar a determinar a cuál sistema normativo estaría sometida la convención (*lex contractus*) para que así el juez o el árbitro pudieran precisar el carácter ilícito de la causa de acuerdo con los parámetros específicos establecidos por este sistema (Mantilla, 2009 : 561).

Obsérvese que, abstraído, eventualmente, del negocio jurídico el consenso como elemento imprescindible, presupone la concurrencia de una causa y un objeto determinables al momento de contratar, sin embargo, qué ocurre cuando la materialización del contrato radica en la prestación de servicios inmateriales de corte intelectual-espiritual que involucran contenidos jurídico-sociales tales como la buena fe, la moralización del servicio particular prestado, la proyección con resultados realísticos, la eclosión de visibles y verificables fines esenciales del Estado inmateriales y el perfeccionamiento del contrato.

Lo que cabe precisar aquí, muy a pesar de la certitud dogmático-jurídica del problema y de aquellos que así lo creen, es sí, sin lugar a dudas, la concreción del *sinallagma* es posible, sin que estén presentes coyunturas sobre el valor real y sistemático-legal del contrato suscrito, pues, es indudable que la proyección declarativa constitutiva del consenso, puede verse abigarrada por encontrarse desconcertada del sentir contractual volitivo origen de la obligación. Esto ocurre, *ad exemplum*, cuando A contrata con B la producción de C y C a su vez genera un objeto jurídico contractual concreto Y, sin embargo, A, aunque deseaba la causa lícita C, no interiorizo la obligación derivada Y, sino que se

limitaba a X, entretanto que B interiorizo la obligación derivativa Y, sin contextualizar la posibilidad de X. Lo que se presenta aquí es identidad en la causa del contrato C y desconcierto en las obligaciones que del contrato se derivan, esto es, bien o el objeto contractual es X o es Y. Lo que se suscita aquí es lo que al interior de la comunidad jurídica ha dado en llamarse el error en la identidad y singularidad del objeto contractual

... la previsión del error de hecho como vicio del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos, y la exclusión, con tal carácter, del error de derecho, es una expresión del ejercicio de dicha potestad de configuración normativa que respeta los mencionados límites, en particular los principios de autonomía de la voluntad privada y de igualdad invocados en los cargos de la demanda, por las siguientes razones:

... Como se señaló en estas consideraciones, en un Estado democrático todos los órganos del mismo y todas las personas están sometidos al ordenamiento jurídico. Esta condición permite lograr un orden justo y la convivencia pacífica en la sociedad, los cuales son esenciales en un Estado de dicha naturaleza, como lo es el Estado colombiano, y que consagra la Constitución tanto como valores como fines del mismo (preámbulo y Art. 2º)... (Corte Constitucional, 2006).

Bien observadas las cosas, el inconveniente no es otra cosa que al error *in substantiam* del negocio jurídico, precisado en el artículo 1511 del Código Civil, al predisponer:

El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

Pues, la extensión obligacional del contrato resulta incierta, puesto que la discursabilidad y comprensión del acto lenguaje-comprensión-aceptación y viceversa es, a pesar de lo manifestado por las partes, posible pero imperfecta, puesto que uno de los contratantes, en su interior intelectual, aprueba la concurrencia del negocio basado en la determinación particularizada del objeto negocial, entretanto que, la otra recibe la información suministrada entendiendo la concurrencia de un objeto totalmente diferente, lo que conduce a un percañe de consentimiento surgido desde la mismísima verificabilidad de la realidad contractual subjetiva

... En el mundo de la vida nos encontramos con el papel pragmático de una verdad con rostro jánico, que media entre la certeza de acción y la aseverabilidad discursivamente justificada. En la red de prácticas habituales, las pretensiones de validez implícitamente sostenidas –y que son aceptadas ante un amplio transfondo de convicciones intersubjetivamente compartidas –forman, por así decirlo, las vías por las que discurren aquellas certezas que dirigen la acción. Sin embargo, tan pronto como pierden su respaldo en la estructura de estas evidencias, las certezas quebradas se transforman en otras tantas dudas que, de esta forma, se convierten en tema de discusión. En el tránsito de la acción al discurso, lo que inicialmente –y de forma ingenua– se había tenido –por–verdadero se desliga del modo de una certeza de acción y toma la forma de un enunciado hipotético cuya validez se planteará en el discurso. La argumentación tiene la forma de una pugna en torno a los mejores argumentos a favor o en contra de la pretensión de validez controvertida y sirve a la búsqueda cooperativa de la verdad... (Habermas, 1997: 23).

Las líneas precedentes informan que en el intersubjetivo negocial la presencia de disensos discursivos post contractuales siempre es posible y aquellos – los disensos discursivos– son aprehensibles sobre la materia objeto del acto jurídico, esto es, consentimiento, objeto y causa lícitos, entiéndase, el error es un hecho real cuando recae sobre la producción de obligaciones recíprocas (objeto) y el fin práctico perseguido (causa), lo que vicia, desde luego, la comunicabilidad del querer contractual intersubjetivo con proyección transubjetiva (consentimiento).

## 2. La delimitación posible del objeto contractual lícito

Todos los actos negociales particulares contienen un objeto y éste, a su vez, tiene una naturaleza cualificada, esto es, debe ser sistemáticamente posible, es decir, no adolecer de contrariedad jurídica frente a normas, igualmente, jurídicas de jerarquía superior, lo que repercute en la improcedencia de réplicas procesales de excepción de ilegal o de inconstitucionalidad sobre el acto, traduciéndose así en su propia licitud. A este respecto, manifiesta el artículo 1517 del Código Civil

Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de declaración.

Pese a lo manifestado, la expectativa real de que dos hablantes/contratantes, al interior de un diálogo negocial, incurran en un vicio contractual es creciente, toda vez que podrían sucumbir frente a ideas de inexacta delimitación, lo que implica el defecto de concordancia volitiva en la fórmula lenguaje–comprensión– aceptación, pues lo declarado riñe con aquello que, con efectividad, persigue el contratante en el *momentum* contractual, lo que *a posteriori* es un error *factum*. Sin embargo, vale precisar, como, acertadamente, esgrime Spota que “la determinación o la indeterminación pueden tener carácter meramente subjetivo y, sin embargo, el contrato resultar válido” (1975 : 49).

Esta constatación, con seguridad no apunta nada novedoso, pues la eclosión de diversas soluciones al respecto no se han hecho esperar, sin embargo, no es eso lo que se deniega, lo que en verdad embarga de desasosiego el tema es la practicidad de las soluciones a las que se ha arribado que –con un grado de arrojo y audacia– parecen dispersas de la realidad que intentan normativizar.

Prístinamente, ha de ser necesario recurrir al cuestionamiento de ¿dónde, en verdad, encuentra su límite el consentimiento particular fundamentador del negocio jurídico?, ¿es acaso la voluntad manifestada el límite inquebrantable que obliga a las partes? o, por el contrario, ¿las partes se encuentran limitadas por algo que estando fuera de ellas las obliga a materializar el acto jurídico inicialmente pactado?

La teoría de corte esencialmente racionalista del objeto jurídico concreto supeditaba la respuesta a tales interrogantes expresando una delimitación objetivizada en la voluntad declarada y previamente espiritualizada, producto de un querer contractual, restándole importancia jurídica a todos aquellos elementos que por fuera del consenso dialógico pudiesen presentarse.

No obstante, esta teorización del objeto como elemento intersubjetivado siempre, desconocía, la necesaria concurrencia de la vinculatoriedad al sistema jurídico presente desde antes del *animus contractus* hasta el perfeccionamiento del acto<sup>8</sup>. Sucede, pues, que el ánimo configurativo de la potestad contractual de las partes contratantes es una habilitación legal para crear, extinguir y modificar obligaciones, empero tal habilitación es, con mucho, una herramienta supeditada al espíritu sistemático del ordenamiento, siendo este su gestor, la

<sup>8</sup> Recuérdese siempre el aforismo latino *dominium est jus utendi et abutendi re sua quae tenus juris ratio patitur* (El dominio es el Derecho de usar y abusar de la cosa propia hasta donde la razón del Derecho lo soporta). (Magallón, 2001 : 198).

consensualidad no puede ir más allá de la fuente de esa facultad, del sistema mismo. Incluso, la Administración Pública misma, ha llegado a observarse presa de un Sistema que siendo su génesis, orienta y delimita el desarrollo contractual de sus fines

*Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política. (Corte Constitucional, 2011).*

De hecho, la cualificación necesaria de objeto y causa, como bien lo señalan los artículos 1517 y 1524 del Código Civil, en tanto lícitos refuerzan la afirmación efectuada, toda vez que, la licitud se extiende desde la legalidad, pasando por las causas de directrices políticas presentes al momento de contratar, disposiciones jurídico – administrativas, hasta normas jurídicas superiores de vinculación programática e inmediata, que repercuten de manera directa sobre la voluntad que, a sí limitada, se reduce a la producción de obligaciones jurídicas siempre desde el marco de un sistema jurídico inamovible, no sujeto a consenso alguno, sino que, por el contrario, el consenso limitado por el ordenamiento jurídico es libre siempre que no sobrepase el límite prescrito.

Advertida esta notable contrariedad, la doctrina civil, no tardo en aperturar una respuesta que, en su momento, resultaba plausible, fue cómo surgió la teoría del objeto jurídico genérico, sin embar-

go, el logro de esta teoría fue el cambiar el centro de gravedad de la consensualidad e insuflarlo en el sistema jurídico, lo que a su vez, especialmente en los contratos de transferencia de conocimiento (*Know-how*), supone un grave percance, pues parte de la apreciación de un objeto temporal e inmodificable y no logra conjeturar que se trata de un objeto altamente cambiante e inestable

... si un sistema ha de lograr la completitud, no a través de normas residuales, sino a través de normas con soluciones específicas para cada caso, o bien debemos renunciar a la coherencia, o bien a la generalidad de las normas. Si el ideal de completitud ha de entenderse así, el único modo en que se puede hablar de un sistema de contenidos generales conectados a un “libro maestro” es admitiendo que dichos contenidos son genuinamente derrotables: permanentemente sujetos a revisión. Un sistema cuya identidad se redefine ante cada ocasión individual de aplicación. Desde esta perspectiva, la mera suposición de un conjunto de normas generales (morales o jurídicas) entendido como un conjunto completo y consistente de normas inderrotables (i.e. un “sistema maestro”) es insostenible y auto-contradictoria. En realidad, a cada “libro maestro” se pueden asociar indefinidos sistemas normativos posibles o, si se quiere, un único “sistema maestro”, pero relativo a un momento t. Es decir, la única forma posible de concebir un “sistema maestro” es como un sistema normativo momentáneo, como el conjunto de significados o contenidos conceptuales asociados al “libro maestro” en una determinada ocasión. Esto significa que el “sistema maestro” no es el conjunto ideal y único de contenidos normativos correctos sino el conjunto de contenidos expresados en los enunciados que interpretan un “libro maestro” en una situación determinada. Y, por supuesto, siempre susceptible de revisión a fin de dar una respuesta adecuada en cada nueva oportunidad... (Redondo, 2006: 322 – 321)

Por si fuera poco, esta teoría niega la posibilidad evolutiva del derecho contractual y, de forma inexplicable, supone que el límite de la consensualidad se encuentra en el principio de legalidad. Actualmente, se reconoce, de conceptos tomados del ala administrativista del Derecho, que el principio de legalidad más allá de ser una garantía que superpone la seguridad jurídica a todas las actuaciones particulares y públicas, en muchos casos puede convertirse en un ancla que limita la facultad de

cumplimiento de normas jurídicas de tipo superior-constitucional, precisamente porque la ley supone un proceso tedioso de actualización social de nuevas formas de actuación jurídica de la comunidad, lo que no ocurre con la Constitución, pues esta al contar con principios, reglas y valores abiertas a interpretación supone una habilitación para una actualización constante

... la sobreinterpretación de la Constitución es una consecuencia natural de su posición como norma suprema del ordenamiento jurídico y del hecho de que bajo la óptica del constitucionalismo aparece caracterizada como una norma con fuerza vinculante, en cuanto reguladora de todos los aspectos de la vida social y política. Y es que para cumplir la función que le asigna el Estado constitucional contemporáneo, la Constitución debe ser interpretada en un sentido distinto al literal. Las disposiciones constitucionales, digámoslo así, deben ser sobreinterpretadas, lo que es tanto como afirmar que su significado ha de ampliarse o extenderse hasta cubrir casos o situaciones que inicialmente no fueron previstos por el constituyente. Según afirma Guastini, la sobreinterpretación de la Constitución es una actitud interpretativa que permite colmar los vacíos o lagunas a nivel constitucional, eliminando en la medida de lo posible la discrecionalidad política del legislador.

Ocurre que por medio de la sobreinterpretación, el intérprete constitucional extrae los contenidos normativos implícitos en el texto, creando normas jurídicas no expresadas. Y esta tarea de hacer explícito lo que no lo es se desarrolla mediante la técnica señalada de extender el significado de la disposición constitucional para cubrir casos no previstos por los autores de la misma, lo que supone equiparar a la sobreinterpretación de la Constitución con la interpretación extensiva, en tanto pertenece al género de la llamada interpretación correctora, entendida como la que atribuye a un texto, no su significado literal más inmediato, sino uno diverso, el cual puede ser más restringido o más extenso... (Ortega, 2013: 612).

Precisamente, de que las cosas sean así, da cuenta la atipicidad contractual y, por supuesto, la teoría de creación normativa lógico inductiva del derecho, lugares comunes en que los particulares han encontrado la forma de encuadrar sus desideratas contractuales con el Sistema Jurídico vigente.

### 3. La limitación consensual del negocio jurídico desde la perspectiva de un sistema jurídico inestable

Si la teoría del objeto jurídico concreto, como también, la teoría del objeto jurídico genérico fracasan por no lograr engastar al *animus contractus* los cambios que la consensualidad, el objeto y la causa suponen, habrá pues, que precisar cuando los elementos esenciales del contrato y el paso inclemente de la contemporaneidad pueden confluír sin que choquen en procesos que repercutan en un enfrentamiento eventual, lo que, por descuento, supone la nulidad del negocio jurídico

El contrato, como cualquier acto humano, es un fenómeno que ocurre dentro de un espacio y un tiempo determinado, por lo que, imaginando una línea de tiempo más o menos extensa, es posible distinguir el lapso comprendido entre su nacimiento y su cumplimiento o ejecución. Es precisamente en el inicio de esta línea imaginaria –es decir, en la génesis del contrato– en donde se ubica el fenómeno de la “nulidad”, entendido como el remedio aplicable al negocio jurídico cuando padece una *patología* de nacimiento. Llevado lo anterior al contexto del proceso judicial, puede comprenderse que mientras el contrato no sea declarado “judicialmente” nulo sigue desplegando todos sus efectos a lo largo del tiempo, de tal manera que las relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas bajo su amparo se van robusteciendo hasta tanto no se emita la decisión judicial que le reste todos o alguno de sus efectos (Toscano, 2012: 421).

Lo primero sea entender que el Sistema Jurídico es uno, pero su unidad no deriva de su inmodificabilidad temporal, lo que significa que no puede precisarse, en modo alguno, acuerdo de voluntades que se prescriba más allá de los límites del Sistema, con lo cual la teoría racionalista se observa desconcertada, sin embargo, ese sistema jurídico no es, *per se*, determinable en sus límites, pues la proyección de disposiciones jurídicas que se actualizan día tras día, supone un elemento dinámico del mismo, reduciendo la teoría del objeto jurídico genérico a una faceta que no termina por cubrir del todo el estado actual del Sistema, un Sistema Jurídico que se encuentra problematizado, incierto y que es, por sobre todo, objeto de cambios constantes

... La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para

luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta **intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica... (Corte Constitucional, 1992).

De hecho, proyectar el acto jurídico negocial bajo este esquema repleto de indeterminación es lo que permite al Ordenamiento Jurídico robustecer su complementariedad con la contemporaneidad avalladora que delimita su actuar, caso contrario, el Sistema Jurídico estaría un paso atrás de la evolución social que intenta regular. No obstante, lejos está la afirmación que supone que, gracia de la indeterminación de que está repleto el ordenamiento jurídico producto de su constante actualización, la consensualidad y el entrecruzamiento de voluntades –que tiene por producto el contrato– pueda proyectarse más allá de los senderos difusos del Sistema, empero, eso no obsta para que no pueda aprovechar las grietas expuestas que ese proceso de actualización deja a su paso, con lo cual queda, por demás, claro que el negocio jurídico bilateral es y será una forma de forzar al Sistema para su actualización, toda vez que aquel, desde la perspectiva de la postmodernidad sistemática, no se encuentre regulado y requiere estarlo, puesto que, por contra, no podrá operar la reciprocidad vinculante en la generación de obligaciones recíprocas dentro del *sinallagma* perfecto

A diario presenciamos la realización de actos particulares de disposición de intereses y aun los protagonizamos, y el fenómeno se viene repitiendo desde siempre, a más de que ha sido estudiado, debatido y explicado reiteradamente a lo largo de muchas generaciones, al punto de que bien pudiera imaginárselo suficientemente tratado y suponerse adecuadamente resueltas las dificultades que presenta. Sin embargo, vigente aún la controversia acerca de la estructura y la eficacia del acto particular dispositivo, rectius negocio jurídico, recientemente se han formulado dudas acerca del mérito mismo de la autonomía privada y

se privilegia la injerencia del Estado por todo concepto en la actividad particular, cada día más reglamentada y subordinada, habiendo llegado algunos doctrinantes a postular que “el elemento constante en la teoría de los actos y de la actividad de los particulares es la iniciativa y no la autonomía, puesto que en concreto puede faltar la autorregulación”, de donde habría de seguirse, más que un cambio en la definición del negocio jurídico, la puntualización de que “la autonomía privada no es de por sí un valor, sino que puede serlo, y dentro de ciertos límites, si responde y en cuanto responda a un interés merecedor de tutela”. E inclusive se ha ido hasta pronosticar “el ocaso del negocio jurídico, como categoría que desvía la atención de los juristas hacia el acto singular de cambio, que ya dejó de ser el punto central de las relaciones económico sociales”, y repudiar “la autonomía privada como algo propio del orden protocapitalista”. Todo lo cual impone recordar los orígenes y la razón de ser de la figura del negocio jurídico, y más directamente de la autonomía privada, y replantear su disciplina, su función y su trascendencia en la sociedad contemporánea, de masificación y estandarización de los intereses, las relaciones y las actividades, a la vez que, y por esa misma razón, de intervención del Estado, no sólo en el sentido negativo o de limitación, sino en sentido positivo, de orientación y encauzamiento de la iniciativa particular y de la colectiva, a fin de “realizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona y de favorecer el libre desarrollo de la persona humana”, o, empleando la redacción del art. 6º del acto legislativo de 1968 (32[2] de la c.n.), en aras de “la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular”. (Hinestrosa, 2014: 6).

*Exempli gratia*, al platicar de un *contractus* de la clase atípica de transferencia de conocimiento, que difiere de la licencia y la cesión, últimas contempladas en la legislación civil y comercial, se está haciendo alusión a la existencia de una usanza análoga respecto al contrato de compraventa, al interior del cual, una parte/contratante enajena la posibilidad de dominio sobre la producción intelectual, de corte técnico y específico, para que la otra parte interviniente, dentro del acto jurídico, disponga de aquel para, *a posteriori*, generar negocios jurídicos producto del acto jurídico generatriz. En ese contexto, la particularidad del contrato de compraventa –traído aquí como símil comparativo– deviene de la naturaleza del conocimiento como bien co-

mercantizable, el cual puede ser dispuesto, ofertado y transferido por el titular para la constitución de negocios jurídicos.

De lo que se viene hablando, es de los contratos de Franquicia, actos jurídicos en los cuales va inmersa la transmisión de cierta clase de conocimiento, el cual es la fuente determinante de relaciones jurídico-recíprocas posteriores. Sin embargo, no es del todo correcta la analogía aquí emprendida, toda vez que, el contrato de compraventa exige la existencia del traslado de dominio calificado, esto es, la tradición, hecho que en los negocios jurídicos que tienen por acicate la transferencia de conocimiento resulta imposible, pues, la transferencia versa sobre un elemento, enteramente, inmaterial: el conocimiento.

Sin embargo, el acento trascendental se suscita, si se advierte que, en tratándose de relaciones intersubjetivas contractuales entre sujetos dotados por el Sistema Jurídico con mismos derechos y obligaciones, la transferencia siempre se encuentra supeditada y reglada, en forma autónoma por las partes involucradas, tal cual se suscita en los contratos de Cesión y Licencia, no obstante, la Franquicia supone que la operación comercial de transferencia representa una obligación accesoria del negocio jurídico principal.

Bajo ese esquema, los contratos de transferencia de conocimiento (*Know-how*)<sup>9</sup>,<sup>10</sup> expresan una naturaleza y esencialidad mixta, pues representan negocios jurídicos con naturaleza pura, en el entendido que la transmisión de conocimiento técnico-científico implica disposición de voluntad, declaración de la misma e interconexión de voluntades posterior, sin embargo, aquellos actos jurídicos comportan, igualmente, la posibilidad de ir más allá de la simple transacción de conocimiento, pues, aquellos pueden redundar en la usanza de tecnología y ésta, a su vez, estando protegida mediante el soporte y la guarda de una patente, implica la utilización de productos y conocimientos de esencia indivisible, que ausentes el uno del otro, imposibilidad el perfeccionamiento del negocio. A este respecto, Alfaro, previo a constatar que al interior de la doctrina se

presentan diversas posiciones frente a la posibilidad de vender el *Know-how*, expresa que “no se puede hablar de venta, sino de cesión porque lo que se transmite son derechos y no cosas”. (2013: 250).

Las obligaciones recíprocas surgidas de aquel entramado de derechos y obligaciones posible, son, esencialmente, actos jurídicos negociales, los cuales se expresan en el artículo 1495 del Código Civil, al prescribirse:

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

Lo cual implica la presencia de verdaderas obligaciones positivas (dar y hacer) concretadas en la transferencia y asunción del conocimiento transferido –principio de transferencia efectiva del conocimiento–, como la concurrencia de obligaciones negativas (no hacer u omisiones), *ad example*, la no difusión de conocimiento transferido bajo exclusividad, lo que se concreta con la obligación recíproca de la compensación o contraprestación

...Lo que caracteriza al Derecho de propiedad, y lo distingue de los demás Derechos reales, es la facultad de disponer de la cosa consumiéndola, destruyéndola materialmente o transformando su sustancia. Esto es lo que los antiguos llamaban *abusus*, palabra que designaba el consumo de la cosa y no el abuso en el sentido moderno de la palabra, que designa el acto contrario al Derecho... (Ripert & Planiol, 2000: 403).

Muy a pesar de lo explicitado por Ruggiero<sup>11</sup> y Bonnacasse<sup>12</sup> al referirse al tema omnímodo de la propiedad, la transmisión de que se viene tratando, esto es, la transferencia de conocimiento no supone, en sí misma, la transferencia de Derechos Reales, pues, como atinadamente señala Arteaga, los “Derechos reales son derivaciones del Derecho de dominio o partes de él porque están contenidos dentro del Derecho de dominio... (1994), pues, el Derecho Real implica la asegurabilidad de la transacción sobre los bienes del deudor e incluso, históricamente, sobre su propia persona, lo cual, evidentemente, es un *non starter*. De lo que se trata aquí, es de obli-

9 Conteste resulta la jurisprudencia, al afirmar: “...Lo que se conoce como *Know how* es objeto de protección jurídica en razón precisamente del vínculo que establece entre el proceso y su resultado, cuyo conocimiento y manejo pertenece a la empresa y forma parte de su patrimonio...”. (Corte Constitucional, 1993).

10 A este punto es importante recordar que: “...En la guía de franquicias de UNIDROIT se señala que el término *Know-how* Se refiere generalmente al conjunto de conocimientos profesionales que es adquirido por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa actividad. Este conocimiento es usualmente una combinación fáctica acerca de la actividad y de la experiencia obtenida en su ejercicio...” (Alfaro, 2013: 237).

11 De Ruggiero define los Derechos Reales (*iure in re*) como aquellos que, en esencia, “son los que conceden al titular un señorío directo e inmediato sobre la cosa, señorío que es pleno o ilimitado y que se ejerce en toda su extensión sobre la cosa a ella sometida y da lugar a la propiedad, que es el derecho real más completo; o menos pleno, que se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los Derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena. (1929: 22).

12 Bonnacasse define precisamente el vocablo Propiedad, estratificándolo “como aquel Derecho Real dado en un medio social y organización jurídica determinada” (2000: 479).

gaciones prestacionales crediticias que frente a un coyuntural incumplimiento, por parte del deudor, alcanza, únicamente, sus bienes, sin trascender a la persona misma<sup>13</sup>. Es preciso, señalar, entonces que, en tratándose de contratos como el de Know-how,

... el termino correcto en la venta es la transferencia de propiedad y no el traslado de dominio, debido que, el termino dominio es diferente al de propiedad, porque dominio hace referencia a la titularidad sobre un objeto corporal, en cambio propiedad, como termino más amplio refleja titularidad o pertenencia de bienes... (Alfaro, 2013 : 250).

Es aquí, donde indeterminación sistemática y actualización contractual del sistema se entrelazan, pues derechos reales solo son posibles por habilitación legal, entretanto, en los derechos crediticios la voluntad privada toma plena vigorosidad y, sin embargo, se supedita al sistema, un sistema inestable, dentro del cual, la naturaleza programática de los acuerdos particulares contractuales y, su posterior, concreción sistemática intersubjetiva, cuna de verdaderas obligaciones positivas – negativas recíprocas, crea y fundamenta el Derecho sobre contratos de transferencia de conocimiento, *e. g.* contratos de financiamiento o contratos para la administración de proyectos, que ostentan un objeto jurídico que aunque determinado, nada impide su advenimiento incierto e impreciso, pero que, se estabilizan por la sistematicidad obligante del esquema jurídico patrio

Una de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos. El derecho recorta, como bien se ha dicho, la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas, organizada y precisada, para proyectar, perseguir sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento. La indicada libertad está considerada dentro de los derechos fundamentales de las personas y encuentra su mejor plasmación en el contrato, posicionando en esta sede la autonomía contractual (Leyva, 2010-2011 : 268 – 269).

13 Espin, define este tipo de derechos como: "...un señorío inmediato sobre una cosa que puede hacerse valer erga omnes; el titular del Derecho Real ostenta un poder inmediato sobre la cosa; hay, por tanto, una relación directa entre persona y cosa..." (1974: 1).

De modo tal que, concretar el tipo de contrato, motivo efervescente de este artículo, no es posible sino a través del lente contrario a la objetividad, esto es, que la significación de las obligaciones contractuales como posibles física y jurídicamente, bajo los postulados de la negocio jurídico, son un producto, eminentemente, subjetivizado, del quehacer contractual particularizado, el cual es motivo de tal tratamiento porque versa sobre un elemento incorpóreo de tratamiento difuso, pero que, se concreta en la naturaleza coercitiva, dispositiva, permisiva y productora de un Derecho que lo asiente y lo justifica<sup>14</sup>

Quien invoca un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico únicamente puede llevar su ejercicio hasta los límites que el mismo ordenamiento establece. Una vez traspasados esos linderos, deja de ejercerse un derecho y, en cuanto se causa daño a la colectividad o a personas en concreto, se pierde legitimidad y se debe responder (Corte Constitucional, 1995).

#### 4. Conclusiones

La naturaleza esencialmente abstracta del poder configurativo de títulos obligacionales por parte de particulares, integra uno de los inconvenientes relacionados con la delimitación extensiva del objeto contractual lícito como requisito de validez del negocio jurídico, elemento connatural que contiene un mayor grado de complejidad si el acto jurídico se identifica con contratos de transferencia de conocimiento al interior del cual la discusión intersubjetiva en la identificación de la cosa puede suponer la concurrencia del error como vicio del consentimiento.

La teoría del objeto jurídico genérico pretende conjurar la problemática precisada haciendo depender la amplitud del objeto contractual como elemento de existencia y validez de los contornos del ordenamiento jurídico como esquema sistemático que predispone facultades y deberes correlativos, dentro de los contratos conmutativos, sin dejar de observar los límites de su propia sistematicidad, esto es, el régimen normativo en tanto sistema establece facultades y deberes correlativos contractuales en el marco de la autonomía de la voluntad privada, y una vez materializada esta establece su validez o invalidez dependiendo de los requisitos

14 La Corte Constitucional, señaladamente, recuerda que, "el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legítima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (1995).

que el mismo supone como propios de esa sistematicidad: Aquello que está acorde al sistema es sistemáticamente admisible, lo contrario supone su naturaleza asistemática. Hecho que tiene mayor resonancia cuando de actos negociales estatales se trata, pues el objeto se supedita a la concreción material de los fines esenciales del Estado.

No obstante la solución propuesta por la teoría del objeto jurídico concreto, aquella debe observarse con reserva, pues sí el límite a la concreción del objeto contractual, eminentemente difuso en algunos contratos de transferencia de conocimiento, se encuentra en el sistema normativo aglutinador de títulos obligacionales debe aceptarse que se traslada el centro de gravedad de la discrecionalidad particular gracia del poder regulador de sus propias conductas negociales al siempre fluctuante mundo del derecho actualizable.

## Referencias

Alfaro, M. (2013). El *Know how* y su Aplicación Práctica en el Contrato de Franquicia. *Revista Judicial*. Costa Rica, 109. Septiembre.

Arteaga, J. (1994). *De los Bienes y su Dominio*. Colombia: Ediciones Rosaristas.

Bonnecase, J. (2000). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Serie I. Vol. 1. México: Oxford.

Canosa, F. (2005). *La resolución de los Contratos. Incumplimiento y mutuo disenso. Introducción a la teoría general del negocio jurídico*. Bogotá D. C.: Ediciones Doctrina y Ley.

Consejo de Estado. Sentencia del 28 de abril de 2010. (Ref. 16431). M. P. Enrique Gil Botero. Copia recuperada de la corporación.

Corte Constitucional. Sentencia del 11 de diciembre de 2013. (C - 934). M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 06 de julio de 2011. (C - 539). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 15 de octubre de 2009a. (T - 733). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 7 de octubre de 2009b. (T - 713). M. P. María Victoria Calle Correa. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 03 de diciembre de 2008. (C - 1194). M. P. Rodrigo Escobar Gil. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. (C - 993). M. P. Jaime Araujo Rentería. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 29 de noviembre de 1996. (C - 178). M. P. Antonio Barrera Carbonell. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 26 de septiembre de 1996. (C - 489). M. P. Antonio Barrera Carbonell. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 16 de marzo de 1995. (T - 119). M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 30 de enero de 1995. (T - 017). M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Copia recuperada de la corporación.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 14 de septiembre de 1993. (T - 381). M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Copia recuperada de la corporación.

Corte Constitucional. Sentencia del 05 de junio de 1992. (T - 406). M. P. Ciro Angarita Barón. Copia recuperada de la corporación.

De Ruggiero, R. (1929) *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de la 4 ed. italiana, Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro; Madrid.

Dworkin, R. (1997). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Gedisa.

Espín, D. (1974) *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. I. Derechos Reales, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Hart, H. L. A. (2000). *Post Scriptum al Concepto de Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Habermas, J. (1997). El Giro Pragmático de Rorty. En: *Isegoria*. 17. 5 - 36.

Hinestrosa, F. (2014). Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada. En: *Revista de Derecho Privado*. 26. 5 - 39.

Lafont C. & Peña L. (1999). La Tradición Humboldtiana y el Relativismo Lingüístico. En: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Editorial Trotta.

Leyva, J. (2010-2011). Autonomía Privada y Contrato. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. 6 y 7. Año 4 y 5. 267 - 290.

Lutzesco, G. (2006). *Las Nulidades de los Actos Jurídicos*. Bogotá D. C.: Leyer.

Magallón, J. (2001) *Instituciones de derecho civil*. Tomo IV Derechos reales. Segunda edición; México, Editorial Porrúa.

Mantilla, F. (2009). "Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del Derecho Privado. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 33. 537 - 597.

Ortega, R. (2013). La Constitucionalización del Derecho en México. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 137. Mayo - agosto. 601 - 646.

Ripert, G & Planiol, M. (2000) *Derecho civil I*. Traducción Leonel PEREZNIETO CASTRO. Primera serie, Vol. 8; México, Oxford.

Redondo, M. (2006). Sobre la Completitud de los Sistemas Jurídicos. En: *Análisis Filosófico*. XXV, núm. 2. 294 - 324.

Spota, A. (1975). *Instituciones de Derecho Civil: Contratos*. v. III. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Stiglitz, R. (1990). *Contratos. Teoría general I*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Toscano, F. (2012). La Pretensión de Nulidad de Contratos Civiles y Mercantiles en Colombia. En: *Revista de Derecho Privado*. 23. 419 - 433.