



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

rderecho@uninorte.edu.co

Universidad del Norte

Colombia

Wilches Durán, Rafael E.

Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano

Revista de Derecho, núm. 43, enero-junio, 2015, pp. 237-268

Universidad del Norte

Barranquilla, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85138494008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil. Estudio práctico del caso colombiano*

Juridical protection of the environment in commercial
contracts. Practical study of the colombian case

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.41.5435>

Rafael E. Wilches Durán**

Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)

* Este escrito se adscribe al Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) y corresponde a parte de los resultados del tercer año de estudios doctorales adelantados por el autor. Las traducciones del inglés y francés son propias.

** Abogado y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como profesor asistente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma universidad, donde cursa igualmente el Doctorado en Ciencias Jurídicas. Calle 40 n° 6-23, piso 5º, Bogotá, D. C., Colombia. rwilches@javeriana.edu.co

REVISTA DE DERECHO

N.º 43, Barranquilla, 2015

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Este artículo tiene como objetivo efectuar un estudio de índole práctica sobre la protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia, recurriendo para ello a un análisis de la contratación verde en el país, utilizando como criterio de evaluación el principio de precaución. Las conclusiones obtenidas tienen que ver con los pocos y aislados avances sobre la materia en el país, con la necesidad de que el derecho incorpore el asunto dentro de su discurso, y con que, no solo desde el plano teórico sino desde el práctico, la contratación mercantil y la protección del ambiente manejan discursos distintos, cuya relación puede ser abordada a la luz del planteamiento de la colisión de discursos que ofrece la teoría del derecho reflexivo.

Palabras clave: protección del ambiente, contratación mercantil, compras verdes, principio de precaución, colisión de discursos, derecho reflexivo.

Abstract

This article makes a practical study of the juridical protection of the environment in commercial contracts in Colombia, analyzing the situation of green contracting of corporations under the scope of precautionary principle. After observing the few and isolated examples of the subject in Colombia, and how the law must embody the issue in its discourse, the main conclusion is that the protection of the environment and the commercial contracts correspond, not only in a theoretical approach but also in a practical one, to different discourses. The relation of these discourses can be studied using a tool like the collision of discourses that is offered by reflexive law theory.

Keywords: juridical protection of the environment, commercial contracts, green procurement, precautionary principle, collision of discourses, reflexive law.

Fecha de recepción: 18 de febrero de 2014

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2014

INTRODUCCIÓN

En este escrito efectuamos un estudio de índole práctica sobre la protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia, recurriendo para ello a un análisis de la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en el país. Por tal propósito utilizamos como criterio de evaluación el principio de precaución, expresamente reconocido en nuestro ordenamiento no solo como predicable respecto de autoridades públicas sino también respecto de los particulares¹.

El trasfondo de este trabajo es la pregunta que nos hemos planteado como problema por resolver en nuestro trabajo doctoral: *¿el ambiente o naturaleza es protegido adecuadamente, bajo una perspectiva jurídica, desde la contratación mercantil en Colombia?*

La agenda detrás de tal pregunta está marcada por los distintos mandatos constitucionales expedidos para catalogar a la Constitución Política de Colombia como una constitución con una concepción ecologista (Amaya Navas, 2010; González Villa, 2006)². Sin embargo, no está claro hasta qué punto esa concepción ecologista de nuestra Constitución afecta el discurso propio del derecho privado, del derecho comercial y, en concreto, de la contratación mercantil.

Las conclusiones obtenidas en este escrito apuntan a los pocos y aislados avances sobre la materia en el país, a la necesidad de que el derecho incorpore el asunto dentro de su discurso, y a reconocer que no

¹ Así lo hizo la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-293 de 23 de abril de 2002 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), en la cual señaló la clara manifestación en el ordenamiento colombiano de que el principio de precaución, en relación con la protección al ambiente, consagrada en el artículo 95 de la Constitución Política, aplica no solo respecto de actuación del Estado sino también de actuaciones de particulares, con lo cual se zanján eventuales discusiones sobre el tema, por lo menos en lo que a derecho colombiano se refiere (Bernal Sanint & Noriega Cárdenas, 2010, p. 37). En el ordenamiento jurídico francés, por ejemplo, el principio de precaución no se consagra respecto de particulares sino que solo se prevé su aplicación (en el artículo 5º de la Ley constitucional n° 2005-205, relativa a la Carta del ambiente) respecto de autoridades públicas (De Sadeleer, 2008a, p. 93).

² Ejemplo de normas de “índole ecológica” son las consagradas en los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8 de la Constitución Política colombiana.

solo desde el plano teórico sino desde el práctico la contratación mercantil y la protección del ambiente manejan discursos distintos, cuya relación puede ser abordada a la luz del planteamiento de la colisión de discursos que ofrece la teoría del derecho reflexivo.

Para llegar a tales conclusiones, en un primer momento (1) expondremos o haremos referencia a los principales conceptos relacionados con la materia, de manera que en una segunda parte (2) abordaremos el estudio práctico de la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia, para en un tercer momento (3) analizar tal situación a la luz del principio de precaución, momento en el cual haremos evidente la necesidad de estudiar el asunto desde la perspectiva de la colisión de discursos, conclusión de cierre de este trabajo.

1. MARCO CONCEPTUAL

El objetivo de esta primera parte es presentar los conceptos más relevantes para efectos de desarrollar el estudio propuesto; para lo cual haremos referencia o revisión de ciertos conceptos expuestos en trabajos previos (Wilches, 2011, 2013, 2014a, 2014b), planteando como conceptos eje de este trabajo los de protección jurídica del ambiente y contratación mercantil.

Así, por protección jurídica del ambiente entendemos el cuidado que el derecho dispensa al ambiente. Si bien los tres elementos: cuidado, derecho y ambiente, contenidos en la definición previamente expuesta, admiten distintas discusiones en cuanto a lo que cada uno de dichos conceptos implica, encontramos que el más problemático es el de “ambiente”. En efecto, como lo expusimos en su momento (Wilches, 2014a), el concepto de ambiente resulta problemático, pues en torno del mismo están presentes las tensiones de la vida del hombre en sociedad, destacándose como tensión más importante históricamente, a nuestro parecer, la que ha existido entre antropocentrismo y biocentrismo (Ost, 1996a; Jaria i Manzano, 2011). Debido a lo anterior, compartimos con Carrizosa la visión del ambiente y del ambientalismo como un asunto complejo, pues entendemos que el problema ambiental debe ser afrontado con una visión no reduccionista y no simplificante, en la que se

acepte que vivimos en un mundo pleno de variables e interrelaciones, que nuestra visión no es diferente a una percepción subjetiva, y que lo que llamamos causa es efecto de algo más que a su vez está interrelacionado con otras variables, de manera que la visión ambiental compleja se caracterice por generarse con intensidades y agudezas diferentes en cada individuo y en cada cultura (Carrizosa, 2000, pp. 25-29).

En particular, creemos que esa visión compleja puede ser traducida al mundo del derecho bajo la concepción de Ost respecto a entender el ambiente o naturaleza no como un objeto ni como un sujeto sino como un proyecto (Ost, 1996a), pues entendemos el derecho como un discurso (Hoyos, 2011), como un producto cultural (Ost, 1996a, pp. 174-178), respecto al cual la discusión sobre si el derecho se construye sobre la base del consenso o del disenso (Sanín, 2012) se puede dejar para un momento posterior, pues lo importante es entenderlo como un proceso a la luz del conocimiento científico (Gil, 1997), de manera que concebir al ambiente como un proyecto encaja con esa visión del derecho.

Por su parte, por “contratación mercantil” hacemos referencia a la acción y efecto de contratar entre comerciantes. Hablamos aquí de contratación mercantil o del contrato mercantil y no de contratos mercantiles en especial, por cuanto no pretendemos realizar un estudio pormenorizado de todos y cada uno de los contratos mercantiles o, por lo menos, de los principales, sino del fenómeno de la contratación en el ámbito mercantil, haciendo énfasis en que

... la responsabilidad asociada al ejercicio de los derechos no es la misma para todos, ya que, en definitiva, su fundamento deriva de la posibilidad de modificación del entorno. En este sentido, el que tiene más poder tiene asimismo mayor responsabilidad, de modo que no debe igualarse la situación jurídica, aunque sea cualitativamente la misma, entre los individuos particulares y las grandes sociedades mercantiles cuando establecemos el grado de responsabilidad que delimita el ejercicio, por ejemplo, de la libertad de empresa. (Jaria i Manzano, 2011, p. 297)

Estrechamente relacionado con la contratación mercantil se encuentra el concepto de contratación verde, que algunos denominan “compras verdes”, aunque preferimos la denominación contratación verde por

no sugerir restricción al contrato de compraventa. Sobre este concepto se dice que

... es una contratación en la cual se han contemplado requisitos ambientales relacionados con una o varias de las etapas del ciclo de vida del producto por comprar o del servicio por contratar; esto se produce desde la extracción de la materia prima, su fabricación, distribución y uso, hasta su disposición final. De este modo el comprador satisface la necesidad de la institución que da origen a la compra, pero no descuida el impacto ambiental que ésta ocasionará. (García Paz, 2009, p. 41)

Algunos equiparan ese concepto con el de contratación sostenible (Moreno, 2006, pp. 390-391), pero pareciera haber consenso en que este último concepto tiene que ver con muchos más asuntos que el tema ambiental, como por ejemplo, la protección a comunidades vulnerables, el respeto de derechos de trabajadores, el comercio justo, etc. (Queinnec, 2010; Vargas Moreno, s. f.), por lo cual preferimos aclarar desde ya que en este escrito solo abordamos el concepto de contratación verde, restringido a la protección del ambiente en la contratación, y que no abarcamos todos aquellos intereses que sí comprende el concepto de contratación sostenible, siguiendo la denominación que pareciera ser también la adoptada en el ámbito empresarial colombiano (CECODES, 2012).

El último concepto que se debe tener en cuenta es el principio de precaución, cuyo abordaje amerita un escrito aparte (Wilches, 2014b), pero sobre el cual podemos decir que se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano en el numeral 6º del artículo 1º de la Ley 99 de 1993 o ley general ambiental de Colombia³, y en el numeral 8º del artículo 3º de la Ley 1523 de 2012, por la cual se estableció la política

³ “**Artículo 1º. Principios Generales Ambientales.** La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: (...) 6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

nacional de gestión del riesgo de desastres y se creó el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres⁴. Independientemente de las diferencias que puedan existir en cuanto a las dos consagraciones legales previamente citadas, el contenido del principio de precaución se puede resumir en el ordenamiento colombiano, como lo hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002, bajo la expresión *in dubio pro ambiente*, pues según la interpretación jurisprudencial, tal principio persigue que en caso de duda sobre la posibilidad de consecuencias negativas para el medio ambiente, se escoja aquella opción que permita la protección del mismo sobre cualquier otro interés, fundamentalmente a través de figuras como la inversión de la carga de la prueba, para que sea el demandado quien pruebe que su actividad no causó o no causará consecuencias negativas al ambiente⁵.

Si bien lo anteriormente expuesto pareciera medianamente claro, la definición del principio de precaución constituye un asunto fundamentalmente problemático, pues no hay una definición uniforme, ni consenso en cuanto a su estatus jurídico, ya que se discute si es un principio jurídico o un enfoque, e inclusive su rango dentro de las fuentes del derecho ambiental, todo debido a que hay versiones del principio de precaución que van desde las más suaves hasta las más agresivas (Wiener, 2011). Lo que sí se puede concluir en relación con las definiciones del mismo es que procede en casos de incertidumbre científica,

⁴ “**Artículo 3º. Principios generales.** Los principios generales que orientan la gestión del riesgo son: (...) 8. Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo”.

⁵ Es importante señalar que doctrinalmente se sostiene que el principio de precaución no necesariamente debe implicar una inversión en la carga de la prueba sino que apuntaría, más bien, a una definición de estándares de investigación de riesgos que puedan ser impuestos según cada actividad (Ewald, 2008, pp. 45-46). En un sentido similar se afirma que lo importante en relación con el principio de precaución y la prueba no es quién debe probar sino decidir qué es lo que aconseja realizar la evidencia actualmente existente, con lo cual se configura un cambio de perspectiva en vez de un desplazamiento en la carga de la prueba (Osimani, 2013). A su vez, también se sostiene que el principio de precaución solo tiene lugar cuando el daño no se ha causado, pues si ya se causó, el principio de precaución no tiene aplicación (Arcila Salazar, 2009, p. 304).

por oposición a la prevención, que procede en casos de certidumbre científica, pues mientras la precaución obra frente al riesgo dudoso, la prevención lo hace frente al riesgo cierto (Drnas de Clément, 2008, p. 10), por lo cual se constituye en un claro ejemplo del modelo anticipatorio en cuanto a protección del ambiente se refiere (De Sadeleer, 2008b)⁶.

Las razones por las cuales hemos escogido al principio de precaución como criterio de evaluación de la protección jurídica al ambiente en la contratación mercantil para el caso colombiano las expondremos en la parte tercera de este escrito.

Sobre la relación entre los conceptos de protección jurídica del ambiente y de contratación mercantil, y de contratación verde y principio de precaución, remitimos al lector a un trabajo previo en el que precisamente expusimos en detalle la problemática de tal relación (Wilches, 2011). Sin embargo, en líneas generales podemos decir que la raíz de tal relación como problema radica en la inquietud por determinar hasta qué punto los particulares, en especial los comerciantes, están obligados a incorporar cláusulas de protección al ambiente en los contratos que celebran, todo ello a la luz de los mandatos constitucionales

⁶ Nicolas de Sadeleer plantea que en cuanto a protección al ambiente se refiere hay tres paradigmas, que determinan igualmente tres modelos de protección: el modelo curativo, el modelo preventivo y el modelo anticipatorio. A grandes rasgos, el modelo curativo descansa en la responsabilidad civil y mecanismos compensatorios, del cual es ejemplo el principio contaminador-pagador. El modelo preventivo es aquel en el que se toma conciencia de que los daños ambientales no pueden ser reparados con indemnizaciones sino que debido a la naturaleza de los bienes afectados, la actitud que se debe tomar debe estar orientada a prevenir la ocurrencia de tales daños, siendo ejemplo de tal modelo el principio de prevención. El modelo anticipatorio, que es aquel en el cual se enmarca el principio de precaución, surge cuando se entiende que muchas veces no hay certeza sobre la ocurrencia o no de los daños, eje del modelo preventivo, sino que en no pocas oportunidades nos encontramos ante la incertidumbre, primordialmente científica, para determinar la ocurrencia o no de daños al ambiente, por lo cual debemos anticiparnos a tomar medidas de protección, aunque no tengamos certeza de la ocurrencia de daños. Los tres principios y, en consecuencia, los tres modelos o paradigmas tienen un común denominador la batalla contra los riesgos ambientales, y por tal razón debemos entenderlos como complementarios y que no pueden funcionar por separado (De Sadeleer, 2008b).

que ya mencionamos; preocupación que tiene respaldo en importantes documentos aprobados en el escenario internacional⁷.

2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN VERDE ENTRE COMERCIANTES EN COLOMBIA

El objetivo de esta segunda parte es presentar el caso colombiano en cuanto a contratación verde entre comerciantes se refiere, de manera que en la tercera parte realicemos la valoración del mismo a la luz del principio de precaución. Para tal propósito, lo primero que hay que recalcar es la separación, ya mencionada, que se efectúa entre contratación sostenible y contratación verde. De hecho, a nivel de autoridades públicas son evidentes las distintas opciones realizadas por las entidades que sirven como principales referentes en la materia en Colombia.

Así, es clara la posición del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a favor del concepto de contratación sostenible, pues al respecto en 2010 formuló la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible, la cual actualiza e integra la Política Nacional de Producción más Limpia de 1997 y el Plan Nacional de Mercados Verdes de 2002 como estrategias del Estado colombiano para enlazar el mejoramiento ambiental y la transformación productiva a la competitividad empresarial, en la que claramente se entiende el desarrollo sostenible como un concepto formado por el balance entre tres componentes básicos: el ambiental, el social y el económico, componentes interrelacionados e

⁷ En el capítulo III del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, realizada en Johannesburgo en 2002, titulado "Modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción", se plasma la preocupación, en aras de lograr el desarrollo sostenible, por introducir cambios fundamentales en la forma en que producen y consumen las sociedades, con responsabilidades a cargo de los gobiernos, las organizaciones internacionales competentes y el sector privado. Ese es el fundamento de figuras como la contratación verde, presentada allí como aquella que propicia "... la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente". Aunque en tal Plan se plantea la misma en relación con la contratación pública, también es predicable de la contratación privada. Eso sí, es claro que a la fecha los principales avances de la contratación sostenible se encuentran en materia de contratación pública (Pernas García, 2011).

interdependientes que conforman los tres sistemas del desarrollo sostenible (MAVDT, 2011).

Como parte de los mecanismos para implementar la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible se encuentra la Estrategia de Compra de Bienes y Servicios Sostenibles, con distintas acciones adelantadas para la implementación de tal estrategia (MADS, 2014), entre las cuales se destaca la primacía dada a la contratación pública sostenible con la expedición de la “Guía Metodológica y Conceptual para Compras Públicas Sostenibles” (MADS & CNPMLTA, 2012).

Por su parte, la Secretaría Distrital de Ambiente (SDA) de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. constituye el principal referente en cuanto al concepto de contratación verde se refiere, pues de manera expresa ha optado por no enfocar sus esfuerzos bajo el concepto amplio de contratación sostenible, sino que lo ha hecho bajo el concepto más restringido de “compras verdes”. En efecto, mientras en 2011 expidió un “Manual de Compras Ambientalmente Responsables”, en 2013 expidió una “Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes”, directamente enfocada a empresas del sector privado con domicilio en Bogotá, todo ello dentro del Programa de Gestión Ambiental Empresarial en el que ha venido trabajando hace unos años (SDA, 2014).

Es necesario destacar desde ya el enfoque que realiza la mencionada Guía de la SDA por trabajar desde el discurso de la administración de empresas y de estrategias empresariales, de manera que la figura de compras verdes sea atractiva para los empresarios desde su lógica de generación de nuevos ingresos y disminución de costos. En una línea similar se encuentra el discurso de la principal agremiación empresarial existente en Colombia en cuanto a protección del ambiente se refiere: el Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible (CECODES), que se autodefine como el capítulo colombiano del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD, por su sigla en inglés), y que en Colombia aglutina “... un grupo de empresas convencidas de que el desarrollo sostenible es una opción para lograr una mayor rentabilidad, mejorar la calidad de vida de las personas y utilizar racionalmente los recursos naturales”, orientándolas “... para

que desarrollen y pongan en marcha prácticas que les permitan mejorar continuamente y lograr un equilibrio entre sus objetivos económicos, sociales y ambientales, en armonía con el desarrollo sostenible de la sociedad colombiana” (CECODES, 2014).

En efecto, el discurso de CECODES está claramente elaborado desde la lógica empresarial para presentar a sus miembros como empresas altamente comprometidas con los problemas ambientales, sociales y económicos del país. No de otra forma se puede interpretar un documento como aquel elaborado para presentar los principales casos de miembros del Consejo (CECODES, 2012), después de cuya lectura queda la sensación de que, si bien son loables los esfuerzos realizados por contribuir a solucionar problemas de la sociedad colombiana atados al concepto de desarrollo sostenible, aún falta mucho por hacer tanto por parte de las autoridades públicas como del sector privado para que tales esfuerzos realmente impliquen una mejora significativa en las condiciones ambientales, sociales y económicas de la mayoría de la población colombiana.

Ello queda confirmado con la lectura del caso de Ecopetrol S. A., la empresa más grande de Colombia (*Portafolio*, 2014), que a pesar de ser una sociedad anónima de economía mixta, en la que la mayoría de su participación accionaria está en cabeza del Estado colombiano, para efectos de contratación se rige por normas de derecho comercial. De hecho, de acuerdo con lo consultado en la Secretaría Distrital de Ambiente y lo expuesto por CECODES, el de Ecopetrol es el caso paradigmático o insignia en materia de contratación verde entre comerciantes a la fecha en Colombia. La Estrategia de Contratación Verde de Ecopetrol fue conceptualizada en 2010 con base en el *Green Public Procurement* de la Unión Europea, y de la misma se ha encargado la Unidad de Compras y Contratación de la Dirección de Servicios Compartidos de Ecopetrol; dicha estrategia obtuvo en 2011 el galardón *Green Vendor Rating Award* del Comité Técnico Científico del *International Forum Buy Green*, organizado anualmente por la Coordinación local de la Agenda 21 Adescoop (Agencia de la Economía Social de Italia) y otras entidades públicas y privadas, con participación del Ministerio del Medio Ambiente Italiano.

La principal herramienta de la Estrategia de Contratación Verde consiste en haber adoptado una metodología de abastecimiento como modelo sistemático para realizar el suministro estratégico de los bienes y servicios requeridos por la organización, identificando aquellos que son de alto impacto en la misma y de alto nivel del gasto, de manera que se ha introducido clausulado verde en distintos tipos de contratos, se ha impuesto la obligación para sus proveedores de participar en el Programa de Gestión Ambiental Empresarial de la SDA, la empresa participó en la elaboración proyectos de ley sobre el tema, y ha difundido la Estrategia de Contratación Verde, que a su vez hace parte del elemento Ecoeficiencia de la Estrategia de Gestión Ambiental de la empresa, la cual se enmarca en un programa y estrategia de gestión sostenible y responsabilidad corporativa (Ecopetrol, 2012, 2014; CECODES, 2012).

Es evidente que los logros obtenidos por Ecopetrol han sido interesantes, sobre todo si se tiene en cuenta que la Estrategia de Contratación Verde fue adoptada apenas en 2010, pero tampoco se puede negar que se trata de una experiencia aislada y a la cual todavía le falta profundidad frente a la urgencia por tomar medidas más agresivas de protección del ambiente (UNEP, 2013). Por su parte, iniciativas legislativas o locales al respecto hasta ahora están empezando a consolidarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues proyectos de ley como el 170 de 2011 y 237 de 2012 de Senado no han podido convertirse en ley de la República, mientras que solo hasta el año pasado se adoptó en el distrito de Bogotá el Acuerdo 540 de 2013 del Concejo de Bogotá, por medio del cual se establecen los lineamientos para el programa distrital de compras verdes, con base en el cual la SDA está iniciando la formulación detallada del programa que obligará a las entidades del distrito a incorporar criterios de compras verdes en sus planes de contratación.

Así, lo que puede concluirse parcialmente es que, debido a que la protección del ambiente en la contratación todavía no ha recibido impulso suficiente por parte del ordenamiento jurídico, el asunto en Colombia está en evidente atraso frente a los avances en países de la región en contratación pública verde (Volosin, 2012, pp. 159-160), cuya influencia sobre la contratación verde en derecho privado ya se ha comproba-

do como decisiva en otros casos (Ho, Dickinson & Chan, 2010; Chien & Shih, 2007).

En adición, como explicación para el estado actual de las cosas en la contratación verde en Colombia, es necesario retomar algo que ya habíamos expuesto previamente (Wilches, 2011), en el sentido de que la contratación sostenible entre comerciantes se ha abordado a la fecha en Colombia desde una perspectiva de “buena voluntad” de los empresarios, con lo cual deseamos dar a entender que no se concibe la inclusión de cláusulas de protección al ambiente en contratos de derecho comercial como un asunto al cual se encuentren obligados los comerciantes porque haya una norma jurídica que lo obligue, sino que el tema es abordado por los empresarios como una práctica de buena imagen frente a los adquirentes de sus productos o los destinatarios de sus servicios; por lo cual ha tendido a enmarcarse dentro del concepto actualmente en boga de la responsabilidad social empresarial; el cual tiene un matiz claramente de benevolencia o altruismo por parte de los empresarios y no de obligatoriedad gracias a alguna norma jurídica al respecto, ante lo cual los abogados no podemos permanecer aislados (Vandenbergh, 2013).

Igualmente, aunque es una estrategia inteligente y necesaria la de adoptar el discurso de costo/beneficio de la administración de empresas para “vender” el concepto de contratación verde a los comerciantes, como lo hace la “Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes” de la SDA, estimamos que el derecho debe reivindicarse frente al uso de tal discurso, pues la protección del ambiente no puede estar sujeta a los vaivenes de las decisiones administrativas de las empresas.

3. LA CONTRATACIÓN VERDE ENTRE COMERCIANTES EN COLOMBIA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

En esta tercera y última parte estudiaremos el caso ya expuesto de la contratación verde entre comerciantes en Colombia, para efectos de determinar su ubicación en relación con lo que se ha escrito acerca de este tema. Para ello, en un primer apartado (3.1) expondremos cómo se ha abordado la protección jurídica del ambiente en la teoría

del derecho de contratos; en un segundo apartado (3.2) explicaremos por qué hemos escogido el principio de precaución como criterio de evaluación; y en un tercer apartado (3.3.) explicaremos los resultados obtenidos de estudiar la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia a la luz del mencionado principio de precaución.

3.1 Protección jurídica del ambiente en la teoría del derecho de contratos

Debido a que en Colombia no contamos con doctrina que haya abordado en extenso el asunto de la protección jurídica del ambiente en los contratos, es necesario recurrir a doctrina extranjera. Allí se destaca el trabajo de la profesora Mathilde Boutonnet (2010b), quien plantea, en un primer momento, la aparente contradicción entre el contrato (acto voluntarista a través del cual se manifiesta la creación de efectos de derecho entre particulares) y el derecho ambiental, originalmente público, de policía administrativa, lo cual explica que el contrato como herramienta de protección del ambiente siempre haya sido visto de manera marginal, ignorada, frente a las herramientas que ofrece el derecho administrativo. Sin embargo, la política y realidad jurídicas demuestran la necesidad de ver al contrato como un instrumento para reforzar la eficacia del derecho ambiental y responder a las carencias del derecho administrativo, es decir, las acciones negociadas se imponen como modo alternativo de regulación del ambiente, ante lo cual se plantea una primera división entre contratos ambientales, los cuales tienen un claro objeto de protección del ambiente y suelen ser de naturaleza administrativa o pública, y los contratos no ambientales o contratos clásicos, en los cuales el objeto no está encaminado directamente a la protección del ambiente y la misma se logra a través de la inclusión de ciertas obligaciones ambientales que incumben a las partes.

Así, en relación con la clasificación propuesta por Boutonnet, en los contratos ambientales se destaca que aunque la importancia cuanti-

tativa recae en contratos administrativos⁸, por ser los que por naturaleza están encaminados a la protección del interés general, también hay contratos ambientales de derecho privado⁹. Por su parte, en relación con los contratos no ambientales, que son los que realmente nos interesan como objeto de investigación, la autora señala, en primera medida, que pareciera incongruente su planteamiento, pues no tienen directamente una finalidad ambiental sino que persiguen satisfacer los intereses económicos de las partes, por lo cual se plantean dos requisitos para la eficacia ambiental de tales contratos: la existencia¹⁰ y la pertinencia¹¹ de obligaciones de protección del ambiente.

⁸ Como ejemplo de contratos ambientales administrativos Boutonnet (2010b) cita los contratos de lucha contra un tipo de polución y los contratos de gestión de un espacio natural. En ambos el Estado encarga la realización de una labor de protección del ambiente (pp. 27-29).

⁹ Dentro de los contratos ambientales de derecho privado la autora habla de los acuerdos ambientales y de los acuerdos de cooperación. Los acuerdos ambientales se celebran entre diferentes empresas del mismo sector industrial con objeto de cumplir ciertos efectos favorables a la protección del ambiente, constituyéndose en un ejemplo de autorregulación y con varios casos en la vida práctica, como un acuerdo de la industria europea encaminado a reducir la utilización de estabilizantes a base de plomo, por ejemplo. Los acuerdos de cooperación, por su parte, se celebran entre las empresas y las asociaciones de protección del ambiente, ONG o establecimientos públicos defensores del ambiente, con objeto de incentivar a las empresas, a través de su actividad económica, a adoptar un comportamiento más respetuoso con el ambiente a cambio de apoyo oficial para tal labor (Boutonnet, 2010b, pp. 29-36).

¹⁰ El requisito de la existencia tiene que ver con que las partes tengan en cuenta, dentro del campo contractual, el interés general ambiental, de manera que sus intereses económicos sean modulados por los intereses ambientales. En contratos de derecho privado se dice que esta tendencia es indisoluble de la de responsabilidad social empresarial, entendida como la integración, por las empresas, en su actividad económica, de consideraciones sociales, éticas y ambientales; tendencia que ha tenido gran impulso con el Pacto Global de la ONU o "Global Compact"; siendo claro que el origen de obligaciones ambientales en contratos de derecho privado radica entonces principalmente en la necesidad de ajustarse a estándares internacionales como la norma ISO 14000 o estándares de orden nacional o regional (Boutonnet, 2010b, pp. 37-42).

¹¹ Debido a que la existencia de obligaciones de protección al ambiente no es suficiente garantía de la eficacia ambiental de los contratos, Boutonnet propone como segundo criterio o requisito para evaluar aquella la pertinencia de esas obligaciones; definida como la característica que hace que los contratos deban contribuir verdaderamente a la finalidad de desarrollo sostenible y complementar su finalidad económica con una finalidad ambiental. Tal pertinencia es discutible, pues las obligaciones ambientales no siempre son precisas, lo cual se suele traducir en inseguridad y duda sobre el verdadero valor ecológico de tales obligaciones dentro de los contratos; y también se dice que tal pertinencia es perfectible, pues el derecho objetivo no otorga suficiente importancia a las obligaciones ambientales, es decir, el orden público contractual es insuficientemente ecológico; ante lo cual se propone que si el derecho objetivo ya abrió espacio,

En líneas generales, este estudio de la profesora Boutonnet (2010b) apunta a la idea de que están surgiendo reglas de derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público, completando el orden moral y económico clásico con la idea de orden público ecológico, pero que no todo esto es completamente deseable, sino que depende de la finalidad asignada al contrato a la luz del derecho objetivo, para complementar su finalidad económica con una finalidad ambiental, todo lo cual cae en el ámbito de la política jurídica, de la cual depende que se pueda hablar de la eficacia ambiental del contrato. Posteriormente la profesora Boutonnet (2012) ha planteado el solidarismo contractual como el marco teórico adecuado para enmarcar la protección del ambiente dentro de los contratos de derecho privado dentro de la teoría general del contrato, posición de la que discrepamos, como expondremos a continuación.

En efecto, nos propusimos estudiar si a la luz de las teorías del derecho de contratos, la más apropiada para estudiar la protección jurídica del ambiente era la del solidarismo contractual, como lo sugiere la profesora Boutonnet, ante lo cual encontramos (Wilches, 2014a) que no existe ninguna teoría que aborde expresamente como objeto de estudio la protección jurídica del ambiente desde el contrato, y que solo la teoría

por razones de justicia social, a valores altruistas como el restablecimiento de la igualdad de las partes, el equilibrio del contrato y la solidaridad, por razones sociales nuevas, enfocadas hacia los valores ecológicos, es posible imaginar que hacia futuro el derecho objetivo deberá reforzar el interés general ambiental en los contratos, repensando el contrato bajo criterios ambientales, como ya ocurrió en un caso en 2007 en la Corte de Apelaciones de Nancy (Francia), donde a la luz del artículo 1134 del Código Civil francés se impuso a las partes, en la ejecución de un contrato de distribución de carbonato, proceder a su renegociación a favor de una mejor protección del ambiente, apoyándose en la nueva dimensión de la obligación de buena fe para corregir el desequilibrio contractual en el interés general de reducir los gases de efecto invernadero (Boutonnet, 2010b, pp. 42-45).

relacional de los contratos¹² y la doctrina del solidarismo contractual¹³ podrían eventualmente servir para tal propósito, fundamentalmente porque, a diferencia de las demás teorías examinadas, propenden expresamente por la incorporación de elementos de la relación del hombre con su entorno dentro del derecho de contratos y, en consecuencia, se presentan, en un primer momento, como favorables para la inclusión de la preocupación por la protección del ambiente dentro del discurso del derecho de contratos.

Sin embargo, como allí mismo lo expusimos, la teoría relacional de los contratos y el solidarismo contractual se consideran limitados para poder hacer entrar en contacto el discurso del derecho de contratos con el discurso del derecho ambiental, ya que parten de la lógica del contrato, cuando lo que necesitamos es una teoría que reflexione desde un nivel superior, es decir, que abarque al derecho de contratos y al derecho ambiental y no que parta de uno de ellos para intentar entender al otro, lo cual sí ocurre con la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, que tiene como objetivo formular una teoría de la sociedad que sea capaz de contemplar a los objetos y a sí misma como parte de los objetos (Kjaer, 2006; González, 1994; Mas Torres, 1996).

¹² La teoría relacional de los contratos tiene como claro referente a Ian Macneil, aunque algunos (Coutu, 1998, p. 20) también señalan a Stewart Macaulay como uno de sus expositores más destacados. El eje de esta teoría es el concepto de contrato relacional, por oposición al contrato discreto; diferencia que apunta a señalar que en los contratos están involucradas relaciones que van mucho más allá de lo simplemente pactado como obligaciones en los mismos; aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el derecho bajo un enfoque interdisciplinario, especialmente sociológico, que permita acomodar la teoría de los contratos a las realidades que revelan las descripciones obtenidas a la luz de esa visión distinta del fenómeno contractual, con conceptos como la planeación contractual, la comprensión y regulación específica de cada figura contractual, y una revaloración de la costumbre y los usos comerciales (Martínez Ochoa, 2005).

¹³ Bajo el interés por que el contrato sea un elemento no solo de acumulación de riqueza de las personas más acaudaladas se destaca la concepción solidarista de los contratos, encaminada a que las partes contractuales, en el mundo de los negocios, no sigan solamente su propio bienestar sino que consideren los intereses del otro y vean el contrato como una aventura común, a largo plazo, en la cual es necesario que ambas resulten favorecidas. Esta corriente no es nueva, sino que viene siendo propuesta desde el mismo siglo XIX, y ha recibido no pocas críticas por su supuesta mezcla de derecho y moral y por su idealismo y romanticismo, pero aún sigue ganando adeptos (Bernal Fandiño, 2007). Para profundizar, véase Courdier-Cuisinier (2006).

En efecto, como ya ha sido expuesto (Coutu, 1998), la teoría relacional de los contratos no utiliza como uno de sus elementos de análisis la autonomía del derecho, pues parte de la base de una correspondencia directa entre las representaciones jurídicas del derecho de contratos y la dinámica real de las relaciones sociales, de manera que aboga por entender el contrato como una relación de intercambio basada en la cooperación, en vez de entenderlo como una relación conflictiva entre discursos que colisionan; situación que se puede predicar igualmente de la doctrina del solidarismo contractual, pues ambas pueden entenderse como ruptura de la autonomía del discurso del derecho de contratos.

3.2 El principio de precaución y la colisión de discursos

Teniendo claro lo anterior, en este apartado expondremos por qué hemos escogido el principio de precaución como el criterio apropiado para efectos de analizar el caso de la contratación verde en Colombia; interrogante que se responde diciendo que encontramos que tal principio es un ejemplo de la colisión de discursos que hemos hallado como el referente teórico que se debe utilizar en nuestro trabajo.

En efecto, debido al origen del principio de precaución en el concepto de sociedad del riesgo, que trabajaron Beck (1998 y 2002) y Luhmann (2006), aunque con importantes diferencias en sus planteamientos (Paulus, 2004), tal principio lleva en su esencia los conflictos entre política, ciencia y derecho en situaciones de incertidumbre (Esteve Pardo, 2009), lo cual es clave para estudiar las relaciones entre ambiente, tecnología y derecho (Ost, 1996b), y entre política, economía y sociología (Teubner, 1997). Es decir, en el principio de precaución encontramos un claro ejemplo de la existencia de tensiones entre discursos provenientes de diferentes sistemas, lo cual se conoce como “colisión de discursos”, que a su vez proponemos como la herramienta teórica adecuada para abogar por que desde el derecho se trabaje en hacer evidentes los distintos discursos involucrados al momento de concretar el concepto de protección jurídica al ambiente (Wilches, 2014b).

Lo anterior se acompasa con la visión que tenemos de cómo debe ser estudiado el concepto de protección jurídica del ambiente (Wilches, 2014a), pues para afrontar la complejidad del concepto de ambiente y de su protección encontramos en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann (1989a, 1997 y 1998) y en su especial preocupación por el tema ecológico (1989b) una herramienta valiosísima para servir como nuestro marco teórico, pues el concepto de autopoiesis, definido muy simplemente como la operación de autorreproducción de un sistema a partir de los mismos elementos del sistema para la creación de su propia estructura y los elementos que la componen, y todo el andamiaje teórico que Luhmann estructuró alrededor de dicho concepto para promover un paradigma teórico acéntrico, fragmentado, no centrado en el ser humano, en contra de las soluciones fáciles y del control o dominio de un sistema sobre otro, con reconocimiento de ser simplemente una teoría entre muchas, favorecen la diferencia sobre la unidad para describir la complejidad del problema ambiental y, en concreto, de la relación entre ambiente y derecho (Philippopoulos-Mihalopoulos, 2011, pp. 18-38).

Este concepto de autopoiesis fue tomado por Luhmann para trasladarlo a los sistemas sociales y explicar así las relaciones entre los mismos y, en concreto, para lo que nos interesa, entender al derecho como un sistema social que funciona de manera autopoietica (Luhmann, 1989a). Esto fue retomado por el profesor Gunther Teubner para plantear que el derecho sea concebido como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce otras operaciones elementales, cuyos elementos básicos son comunicaciones jurídicas y no legisladores ni normas, las cuales son reemplazadas por "irritantes" o ruido que hace el exterior en el sistema jurídico (Teubner, 1998), dándose estas comunicaciones a partir de participación, información y comprensión, de manera que el derecho constituye una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas, de modo que el mundo exterior no instruye al derecho sino que el derecho construye el mundo exterior, es decir, hay una construcción del orden jurídico a partir del ruido social (Teubner, 2005).

Esto es lo que fundamenta la teoría del derecho reflexivo de Teubner, la cual apunta a un entendimiento del mismo en que se tenga influen-

cia en la calidad de los resultados sin determinar los acuerdos que se puedan alcanzar, pues a diferencia del derecho formal, no toma las distribuciones existentes como dadas, y a diferencia del derecho material, no mantiene que ciertos resultados sean deseables, de manera que el énfasis se pone en los procedimientos de formación del derecho pero sin caer en el formalismo, pues lo que se busca es estimular procesos de autorregulación social gracias a estructuras de control interno efectivas (Teubner, 2000a). De esta manera, se puede hablar de justicia para heterogéneos, pues el derecho, al ser reflexivo, realiza reflexiones internas de todos los estímulos que proporcionan otros discursos, sin pretender imponerse sobre ninguno de tales discursos con excusa en el argumento de la “justicia”, pero tampoco permitiendo que los mismos se impongan sobre el derecho (Teubner, 1997).

Por las razones anteriormente expuestas acogemos la teoría del derecho reflexivo como marco teórico para nuestra investigación, pues nos permite abordar de manera adecuada el estudio de la protección jurídica al ambiente desde el derecho comercial, ya que debido a las diferentes racionalidades o discursos que manejan el derecho ambiental y el derecho comercial (Wilches, 2013), la solución más probable de compaginación de sus intereses se encuentra, desde el derecho comercial, en su apertura para conocer elementos del derecho ambiental y en su posterior cierre para acomodarlos e incorporarlos internamente de acuerdo con su estructura interna, sin abandonar el discurso tradicional del derecho comercial, y del derecho privado en general, de protección de los intereses particulares (Weinrib, 1995; Lucy, 2007).

3.3 Situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución

Con base en lo previamente expuesto, en este apartado presentamos los resultados de evaluación de la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia a la luz del mencionado principio de precaución, a pesar de que en materia de contratación mercantil, que es el nuestro objeto de investigación, no encontramos a la fecha una aplicación a casos judiciales del principio de precaución, por lo menos en lo que a derecho colombiano se refiere (Wilches, 2014b).

Pero precisamente esa falta de aplicación judicial del principio de precaución es lo que nos reitera una de las conclusiones que hemos obtenido en este trabajo, consistente en que en la práctica de la contratación verde entre comerciantes en Colombia no hay una visión de sistema para abordar el asunto de la protección jurídica del ambiente, principalmente porque el derecho privado, en concreto, la contratación mercantil, no ha incorporado en su discurso las preocupaciones que ofrece el modelo anticipatorio ambiental dentro del cual se inscribe el principio de precaución. De hecho, si bien la prevención y la precaución son ejes sobre los cuales ha empezado a girar el derecho privado para proteger el ambiente (Lorenzetti, 2008; Seguí, 2009), a través de la protección de intereses y de bienes colectivos (Garrido, 2009; Wilde, 2002), como ya lo expusimos (Wilches, 2011), esa perspectiva tiene avances importantes en lo que tradicionalmente se conoce como responsabilidad civil extracontractual¹⁴ bajo la denominación de derecho de daños (Garrido, 2009), pero no los tiene en materia de contratos comerciales.

En efecto, en materia de contratación compartimos la opinión ya mencionada de Boutonnet, en el sentido de que si bien están surgiendo reglas de derecho objetivo que contemplan un nuevo orden público, en que hace entrada la idea de orden público ecológico, buena parte de la ausencia de eficacia ambiental del contrato recae en el ámbito de la política jurídica. Para ser más precisos, encontramos que el discurso del derecho debe reivindicarse frente a los discursos de administración de empresas, económico, científico, político y sociológico, pues el derecho debe apropiarse como sistema de la protección del ambiente.

¹⁴ Así, en relación con el derecho privado, el principio de precaución ha sido planteado como sustento de una nueva perspectiva en materia de responsabilidad civil, encaminada a que la misma no se conciba como una aplicación *a posteriori* del derecho sino como una actuación del derecho antes de la ocurrencia de los daños, así como a que el principio de precaución no se vea como un principio de abstención sino de acción y que, si bien tiene su origen en disposiciones constitucionales y ambientales, se reconozca su propio sustento y ubicación dentro del derecho privado, aunque tal posición no es del todo pacífica, a pesar de que la jurisprudencia, por lo menos en Francia, ha hecho expresa referencia al tema (Boutonnet, 2005; 2010a).

Esa apropiación no puede encomendarse exclusivamente al derecho ambiental, pues es evidente que la lógica de tal disciplina es distinta de la del derecho comercial (Wilches, 2013), por lo cual hay que buscar la forma de remediar esa colisión interna del derecho; fenómeno que también ha sido planteado en la teoría del derecho reflexivo bajo la denominación de colisión de regímenes legales (Fischer-Lescano & Teubner, 2004). De hecho, debido a que el derecho de contratos pareciera no haber entendido que vivimos en una sociedad con sistemas diferenciados (Teubner, 2007) y a que se encuentra en el contrato una figura clave para acercar discursos distintos, ya que transforma expectativas en obligaciones y proyectos en promesas obligatorias (Teubner, 2000b), se plantea que el contrato no puede seguir concibiéndose como un simple acuerdo de voluntades, pues desde una perspectiva de teoría de sistemas un contrato se entiende, más que eso, como un acople estructural entre sistemas funcionales de la sociedad, es decir, entre economía, derecho, ciencia, etc. (Amstutz, 2013, p. 178).

El principio de precaución nos invita a pensar de una manera muy distinta a la que tradicionalmente ha manejado el derecho, pues mientras los ordenamientos jurídicos están habituados a juzgar sobre lo pasado, el principio de precaución nos llama a pensar el futuro desde la incertidumbre, lo cual es visto por algunos como reflejo del paso del derecho de la modernidad a la posmodernidad, es decir, como la necesidad de entender que ya no podemos comprenderlo el derecho bajo los parámetros de la modernidad de efectuar una clara distinción entre derecho, moral y política, sino que debemos aceptar que el derecho ha avanzado a una perspectiva posmoderna en la que lo importante es conciliar o balancear los intereses en conflicto (De Sadeleer, 2008b, pp. 227-373).

Sin embargo, como lo hemos expuesto (Wilches, 2014b), para que la inserción del derecho en la posmodernidad no implique la “desdiferenciación”, la pérdida de coherencia y la ingobernabilidad del derecho frente a otros discursos o saberes, todo en aras del deseo de ajustar el tiempo y la lógica del derecho al manejo del riesgo y a la necesidad de representarse el futuro y tener en cuenta su impacto social, no es posible recurrir a la dogmática clásica, axiomático-deductiva, pero

tampoco se puede pretender que el derecho base su racionalidad exclusivamente en sus consecuencias o resultados, sino que pareciera prudente concebir el pensamiento jurídico como una forma de riesgo en que hay que desarrollar una “dogmática de nuevo estilo” (Martínez García, 2012)¹⁵.

El caso colombiano de la contratación verde entre comerciantes nos pone en evidencia que el derecho comercial no puede ignorar las invitaciones que nos formula el principio de precaución, por lo cual abogamos por la incorporación en su discurso de los desafíos de manejo del riesgo en escenarios de incertidumbre, sin perder su autonomía como tal, es decir, como discurso. Lo que queda por dilucidar a futuro es: i) si debemos concebir al derecho de contratos como el constitucionalismo de la sociedad civil, es decir, como la Constitución no del Estado sino de la sociedad (Amstutz, Abegg & Karavas, 2007); ii) determinar si la anterior posición coincide con el fenómeno de la constitucionalización del derecho mercantil (Larroumet, 2010; Calderón, 2010; Cárdenas Mejía, 2010) y si la incorporación al derecho colombiano de contratos comerciales de principios como el de precaución se debe realizar bajo tal figura (Rojas, 2006); iii) o más bien trabajar en una visión sistémica de los principios, de manera que su aplicación no se vea supeditada a la aplicación normativa, pues con la apertura del derecho a un número casi ilimitado de principios se aumentaría la complejidad y se perdería su capacidad de articulación sistémica (Salas, 2013).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de haber expuesto en la primera parte de este escrito los conceptos base del mismo, es decir, los de protección jurídica del ambiente, contratación mercantil, contratación verde y principio de precau-

¹⁵ Concepto expuesto por Luhmann (1983), quien afirma que sería necesario combinar, para la toma de decisiones, obligación del sistema jurídico, tres salidas: i) las decisiones programadas detalladamente, hasta el nivel de computadora, por vía legislativa (programación legislativa reforzada); ii) el orden transitivo de todos los valores relevantes (transitividad limitada); y iii) el proceder de manera oportunista, es decir, la toma de decisiones basándose en los criterios indeterminados y mudables en cada caso y sólo para cada caso (oportunismo limitado) (p. 67).

ción, y haber abordado en la segunda parte la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia, podemos ofrecer tres grandes conclusiones.

La primera es que la situación actual de la contratación verde entre comerciantes en Colombia es precaria, fundamentalmente porque los esfuerzos que ha habido al respecto son aislados y porque todavía falta mucha profundización de la figura en la contratación mercantil.

La segunda conclusión hace referencia a que el derecho de contratos colombiano aún no se ha apropiado del concepto de contratación verde para incluirlo en su discurso, pues los esfuerzos sobre el tema han venido principalmente desde la administración de empresas o desde la responsabilidad social empresarial. Precisamente llamamos aquí la atención sobre ese fenómeno como una de las posibles razones para que la contratación verde entre comerciantes en Colombia aún no haya tenido desarrollos importantes, y planteamos la necesidad de que el derecho comercial incorpore la protección del ambiente dentro de su discurso, para complementar los esfuerzos realizados desde otros discursos.

Una tercera y última conclusión apunta a que la herramienta que encontramos como la más adecuada para lo anteriormente expuesto es la de desarrollo de una dogmática de nuevo estilo dentro del derecho, haciendo uso de la herramienta de colisión de discursos y de colisión de regímenes legales que nos ofrece la teoría del derecho reflexivo de Gunther Teubner, con apoyo en los trabajos de Niklas Luhmann.

El tema tiene, entonces, mucho por desarrollar, pero precisamente no perseguíamos en este escrito proponer una solución definitiva y concreta al asunto, sino hacer evidente la colisión de discursos que resulta de una evaluación de la contratación verde entre comerciantes en Colombia a la luz del principio de precaución ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya Navas, O. D. (2010). *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Amstutz, M. (2013). Contract Collisions: An Evolutionary Perspective On Contractual Networks. *Law and Contemporary Problems* (Duke University School of Law), 76 (2), 169-189.
- Amstutz, M., Abegg, A. & Karavas, V. (2007). Civil Society Constitutionalism: The Power of Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies* (Indiana University School of Law), 14 (2), 235-258.
- Arcila Salazar, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Universidad Pontificia Bolivariana), 39(111), 283-304.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI.
- Bernal Fandiño, M. (2007). El solidarismo contractual: especial referencia al derecho francés. *Revista Vniversitas* (Pontificia Universidad Javeriana), 114, 15-30.
- Bernal Sanint, P. & Noriega Cárdenas, J. S. (2010). *Principio de precaución*. Tesis de grado para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana.
- Boutonnet, M. (2005). *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. París: LGDJ.
- Boutonnet, M. (2010a). Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. *Recueil Dalloz*, 40 (7445), 2662-2670.
- Boutonnet, M. (2010b). L'efficacité environnementale du contrat. En O. Boskovic (Dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement : Mise en oeuvre et sanctions*. Paris: Dalloz-Sirey.
- Boutonnet, M. (2012). Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats. *Recueil Dalloz*, 6 (7499), 377-385.
- Calderón, J. J. (2007). Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional

- de Colombia. *Revista Universitas* (Pontificia Universidad Javeriana), 113, 113-137.
- Calderón, J. J. (2010). *Las cruzadas de la constitucionalización del derecho comercial: buscando a los infieles*. En II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Bogotá, D. C.: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB.
- Calderón, J. J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá, D. C.: Universidad de los Andes/Universidad del Rosario/Temis.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2010). *Contratos comerciales: presente y futuro*. En II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Bogotá, D. C.: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB.
- Carrizosa, J. (2000). *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja*. Bogotá, D.C.: IDEA/CEREC/PNUMA.
- Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible [CECODES] (2012). *Sostenibilidad en Colombia: casos empresariales 2011*. Bogotá, D. C.: CECODES.
- Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible [CECODES] (2014). Información del portal en internet. Disponible en: <http://www.cecodes.org.co/index.php/acerca-de-cecodes/quienes-somos.html>
- Chien, M. K. & Shih, L. H. (2007). An empirical study of the implementation of green supply chain management practices in the electrical and electronic industry and their relation to organizational performances. *International Journal of Environmental Science and Technology*, 4 (3), 383-394.
- Courdier-Cuisinier, A-S. (2006). *Le solidarisme contractuel*. Paris: LexisNexis.
- Coutu, M. (1998). Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner: une "méprise constructive"? *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 40, 1-46.
- De Sadeleer, N. (2008a). Le statut juridique du principe de précaution. En F. Ewald, C. Gollier & N. De Sadeleer, *Le principe de précaution*. Paris: PUF.
- De Sadeleer, N. (2008b). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Nueva York: Oxford University Press.

- Drnas de Clément, Z. (Dir.) et al. (2008). *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Córdoba: Lerner.
- Ecopetrol (2012). *Reporte integrado de gestión sostenible 2011*. Bogotá, D. C.: Ecopetrol.
- Ecopetrol (2014). *Contratación verde*. Información del portal en internet. Disponible en: <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=474&confID=76635&pagID=134374>
- Esteve Pardo, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Ewald, F. (2008). *Philosophie politique du principe de précaution*. En F. Ewald, C. Gollier & N. de Sadeleer. *Le principe de précaution*. París: PUF.
- Fischer-Lescano, A. & Teubner, G. (2004). Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law* (University of Michigan), 25, 999-1046.
- García Paz, J. (2009). Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú. *Revista Contabilidad y Negocios* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 4 (7), 39-52.
- Garrido, L. M. (2009). *Los daños colectivos*. Bogotá, D. C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gil, M. (1997). *Conocimiento científico y acción social: crítica epistemológica a la concepción de ciencia en Max Weber*. Barcelona: Gedisa.
- González, L. A. (1994). Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas-Luhmann. *Revista Realidad* (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas), 41, 785-811.
- González Villa, J. E. (2006). *Derecho ambiental colombiano, t. I*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ho, L., Dickinson, N. & Chan, G. (2010). Green procurement in the Asian public sector and the Hong Kong private sector. *Natural Resources Forum*, 34 (1), 24-38. doi: 10.1111/j.1477-8947.2010.01274.x
- Hoyos, G. (2011). *Para una teoría discursiva del derecho*. Lección inaugural del Doctorado en Ciencias Jurídicas. Bogotá, D. C.: Pontificia Universidad Javeriana.

- Jaria i Manzano, J. (2011). *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kjaer, P. (2006). Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate. *Ancilla Iuris*, vol. 2006, 66-77.
- Larroumet, C. (2010). *Constitucionalización del derecho mercantil*. En II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Bogotá, D. C.: Universidad del Rosario/Legis/CAC/Universidad Sergio Arboleda/Universidad de la Sabana/CCB.
- Lorenzetti, R. L. (2008) *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.
- Lucy, W. (2007). *Philosophy of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Luhmann, N. (1989a). Law as a Social System. *Northwestern University Law Review*, 83 (1 - 2), 136-150.
- Luhmann, N. (1989b). *Ecological Communication*. Chicago/Cambridge : University of Chicago Press/Polity Press.
- Luhmann, N. (1997). *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona/México, D.F.: Anthropos/Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona/México/Bogotá, D. C.: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA.
- Luhmann, N. (2006). *Sociología del riesgo*. México, D.F.: Universidad Iberoamericana.
- Martínez Ochoa, S. (2005). Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos. *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), 35, 203-229.
- Martínez García, J. I. (2012). Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann. En E. Pérez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco & J. L. Serrano Moreno (Eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mas Torres, S. (1996). Teoría crítica y teoría de sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann. *Logos: Anales del Seminario de Metafísica* (Universidad Complutense de Madrid), 30, 107-118.

- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MADS] (2014). *Compras sostenibles*. Información del portal en internet. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=348&conID=7469>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible & Centro Nacional de Producción Más Limpia y Tecnologías Ambientales de Colombia [MADS & CNPMLTA] (2012). *Guía conceptual y metodológica de compras públicas sostenibles*. Bogotá, D. C.: MADS. Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/des_sect_sost/compras_sostenibles/300513_guia_compras_publicas_sostenibles.pdf
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [MAVDT] (2011). *Política Nacional de Producción y Consumo: hacia una cultura de consumo sostenible y transformación productiva*. Bogotá, D. C.: MAVDT. Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/ambiente/politica/polit_nal_produccion_consumo_sostenible.pdf
- Moreno, H.A. (2006). Contratación sostenible. En B. Londoño, G. Rodríguez & G. Herrera (Eds.), *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá, D. C.: Universidad del Rosario.
- Osimani, B. (2013). An Epistemic Analysis of the Precautionary Principle. *Dilemata*, Año 5, 11, 149-167.
- Ost, F. (1996a). *Naturaleza y derecho: para un debate ecológico en profundidad*. Bilbao: Mensajero.
- Ost, F. (1996b). Derecho, tecnología, medio ambiente: un desafío para las grandes dicotomías de la racionalidad occidental. *Revista de Derecho Público* (Universidad de los Andes), 6, 1-12.
- Paulus, N. (2004). Del concepto de riesgo: conceptualización del riesgo en Luhmann y Beck. *Revista Mad* (Universidad de Chile), 10, 95-160. doi: 10.5354/0718-0527.2004.14786.
- Pernas García, J. J. (2011). *Contratación pública verde*. Madrid: La Ley.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, A. (2011). Towards a Critical Environmental Law. En A. Philippopoulos-Mihalopoulos (Ed.), *Law and Ecology: New Environmental Foundations*. New York: Routledge.
- Portafolio (2014). *Las 10 empresas más grandes de Colombia*. Información del portal en internet. Disponible en: <http://www.portafolio.co/especiales/grandes-empresas-en-colombia>

- Queinnec, Y. (2010). *Le contrat durable: contours du concept et pistes d'exploration*. París: Association Sherpa.
- Rojas, M. A. (2006). Los principios bioéticos en los principios constitucionales. *Revista Opinión Jurídica* (Universidad de Medellín), 5 (9), 63-76.
- Salas, N. C. (2013). *El rol sistémico de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil. Estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*. Tesis presentada para optar al título de magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia.
- Sanín, R. (2012). Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 12 (12), 264-284.
- Secretaría Distrital de Ambiente [SDA] (2013). *Guía para la implementación de un modelo de gestión de compras verdes*. Bogotá, D. C.: SDA. Disponible en: <http://www.ambientebogota.gov.co/web/publicaciones-sda/guia-de-compras-verdes>
- Secretaría Distrital de Ambiente [SDA] (2014). *Programa de Gestión Ambiental Empresarial*. Información del portal en internet. Disponible en: <http://ambientebogota.gov.co/es/web/gae/inicio>
- Seguí, A. (2009). Prevención de los daños y su tutela inhibitoria en materia ambiental. En R. Lorenzetti (Dir.), *Derecho ambiental y daño*. Buenos Aires: La Ley.
- Teubner, G. (1997). *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. En R. Rawlings (Ed.), *Law, Society, and Economy*. Oxford: Clarendon Press.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *Modern Law Review*, 61 (1), 11-32. doi: 10.1111/1468-2230.00125
- Teubner, G. (2000a). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En G. Teubner & P. Bourdieu, *La fuerza del derecho*. Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre/Instituto Pensar/Universidad de los Andes.
- Teubner, G. (2000b). Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law. *Social and Legal Studies*, 9, 399-417. doi: 10.1177/096466390000900305
- Teubner, G. (2005). El derecho como sistema autopoietico. En C. Gómez-Jara Díez (Ed.), *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Teubner, G. (2007). In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting. *Theoretical Inquiries in Law* (Tel Aviv University), 8, 51-71. doi:10.2202/1565-3404.1143
- United Nations Environment Programme [UNEP] (2013). *Annual Report 2012*. Nairobi: UNEP. Disponible en : http://www.unep.org/pdf/UNEP_ANNUAL_REPORT_2012.pdf
- Vandenbergh, M.P. (2013). Private Environmental Governance. *Cornell Law Review* (Cornell University Law School), 99, 129-199.
- Vargas Moreno, O. (s. f.) *Gestión de compras eficientes y sostenibles: un modelo para la gestión de la cadena de suministro y para romper paradigmas*. (Documento no publicado).
- Volosin, N. (2012). Comparative Public Procurement in Latin America & the Caribbean. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 3, 148-161.
- Weinrib, E. (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge/Londres: Harvard University Press.
- Wiener, J. (2011). The Real Pattern of Precaution. En J. Wiener, M. Rogers, J. Hammitt & P. Sand (Eds.), *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*. Washington, D. C./Londres: RFF Press.
- Wilches, R. E. (2011). Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. Planteamiento del problema. *Revista Vniversitas* (Pontificia Universidad Javeriana), 123, 283-314.
- Wilches, R. E. (2013). Derecho comercial y derecho ambiental: diferentes aproximaciones epistemológicas. En A. Aljure Salame, E. León Robayo, Y. López Castro & C. Botero Pérez (Coords. académicos), *Estudios de derecho privado: Liber amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Wilches, R. E. (2014a). La protección del ambiente en el contrato a la luz de las teorías del derecho de contratos. Estudio teórico a partir del derecho comercial colombiano. *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 13 (25), 87-104.

Wilches, R. E. (2014b). *Principio de precaución: escenario de colisión de discursos para la protección jurídica del ambiente. Estudio a partir del derecho colombiano*. (inédito).

Wilde, M. (2002). *Civil Liability for Environmental Damage, Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and US*. La Haya: Kluwer Law International.