

ESTUDIOS DE DERECHO DEL CONSUMO (LEY 1480 DE 2011)

**Aspectos contractuales,
jurídicos-administrativos y
subsistema nacional de calidad**

Tomo II

Fernando Jiménez Valderrama,
-Editor científico-



Universidad de
La Sabana



COLECCIÓN
INVESTIGACIÓN

ESTUDIOS DE DERECHO DEL CONSUMO (Ley 1480 de 2011)

Aspectos contractuales,
jurídico-administrativos y
subsistema nacional de calidad

Homenaje al profesor
Álvaro Mendoza Ramírez

Fernando Jiménez Valderrama
(Editor científico)

Tomo II



Universidad de
La Sabana



Universidad de
La Sabana



COLECCIÓN
INVESTIGACIÓN

Reservados todos los derechos

- © Universidad de La Sabana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
- © Obdulio Velásquez Posada
- © Joaquín Acosta Rodríguez
- © Juan Carlos Villalba Cuéllar
- © Javier Tamayo Jaramillo
- © Fernando Jiménez Valderrama
- © Alejandro Giraldo López
- © Juan Carlos Martínez Salcedo
- © Roberto Cippitani
- © Julio Álvarez Rubio
- © Arturo Solarte Rodríguez
- © Carlos Ignacio Jaramillo J.
- © John Alberto Tito Añamuro
- © Juan Francisco Ortega Díaz
- © Ramón Madriñán Rivera
- © Carlos Andrés Uribe-Piedrahita
- © Margarita Cárdenas Poveda
- © Antonio Alejandro Barreto Moreno
- © Isaac Alfonso Devis Granados

Primera edición: abril de 2017

ISBN obra completa: 978-958-12-0427-4

ISBN Tomo I: 978-958-12-0428-1

ISBN Tomo II: 978-958-12-0429-8

e-ISBN obra completa: 978-958-12-0430-4

e-ISBN tomo I: 978-958-12-0431-1

e-ISBN tomo II: 978-958-12-0432-8

doi tomo I: 10.5294/978-958-12-0428-1

doi tomo II: 10.5294/978-958-12-0429-8

1000 ejemplares

Impreso y hecho en Colombia

Universidad de La Sabana
Dirección de Publicaciones
Campus del Puente del Común,
Km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia
Tel. (57-1) 8615555 Ext. 45001
www.unisabana.edu.co
publicaciones@unisabana.edu.co

Dirección de Publicaciones

Universidad de La Sabana

Coordinación editorial

María Elvira Mejía

Corrección de estilo

Kilka Diseño Gráfico

Pauta de colección

Juan Pablo Rátiva González

Diagramación y montaje

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impresión

Hecho el depósito que exige la ley

Velásquez Posada, Obdulio César, 1963-

Estudio de derecho del consumo (Ley 1480 de 2011) : homenaje al profesor Álvaro Mendoza Ramírez / Obdulio Velásquez Posada [y otros] ; editor científico Fernando Jiménez Valderrama. -- Chía : Universidad de La Sabana, 2017.

2 volúmenes ; cm. -- (Colección Investigación)

Incluye bibliografía

ISBN obra completa: 978-958-12-0427-4

ISBN tomo I: 978-958-12-0428-1

ISBN tomo II: 978-958-12-0429-8

e-ISBN obra completa: 978-958-12-0430-4

e-ISBN tomo I: 978-958-12-0431-1

e-ISBN tomo II: 978-958-12-0432-8

doi tomo I: 10.5294/978-958-12-0428-1

doi tomo II: 10.5294/978-958-12-0429-8

1. Mendoza Ramírez, Álvaro, 1936- - Homenajes 2. Derecho comercial 3. Protección del consumidor - Legislación 4. Regulación del comercio 5. Publicidad - Legislación 6. Derecho privado I. Velásquez Posada, Obdulio César II. Jiménez Valderrama, Fernando III. Universidad de La Sabana (Colombia). V. Tit.

CDD 343.071

CO-ChULS

Este libro es resultado de investigación del Centro de Estudios de Derecho Privado AEQUITAS, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

ÍNDICE

TOMO I

pág.

- 9 **PRESENTACIÓN DE LA OBRA**
- 13 **ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ: UN JURISTA A CARTA CABAL**
Obdulio Velásquez Posada
- I. CONCEPTOS BÁSICOS DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**
- 21 1. De los principios generales del derecho a los principios del derecho del consumo
Joaquín Acosta Rodríguez
- 95 2. Delimitación y alcance del derecho del consumo en Colombia
Juan Carlos Villalba Cuéllar
- II. LAS GARANTÍAS DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**
- 127 3. Estatuto del Consumidor y la responsabilidad por productos defectuosos
Javier Tamayo Jaramillo
- 203 4. Garantías de conformidad y de indemnidad en contratos de consumo
Fernando Jiménez Valderrama

- 231 5. La garantía en el nuevo Estatuto del Consumidor
Alejandro Giraldo López

III. RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

- 259 6. El tratamiento legal de la publicidad comercial en la Ley 1480 de 2011
Juan Carlos Martínez Salcedo

IV. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

- 297 7. Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo
Fernando Jiménez Valderrama y Joaquín Acosta Rodríguez

V. DERECHO COMPARADO

- 335 8. Los contratos desde la perspectiva del derecho europeo del consumo
Roberto Cippitani
- 367 9. Derechos del usuario de transporte aéreo en la Unión Europea
Julio Álvarez Rubio

TOMO II

9 PRESENTACIÓN DE LA OBRA

- 13 ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ: UN JURISTA A CARTA CABAL**
Obdulio Velásquez Posada

VI. ASPECTOS CONTRACTUALES Y VENTAS ESPECIALES

- 21 10. Los contratos por adhesión a condiciones generales**
Arturo Solarte Rodríguez

- 93 11. Las ventas a distancia y su incidencia en las relaciones de consumo. Breves comentarios en torno a su consagración y disciplina en el nuevo Estatuto del Consumidor**
Carlos Ignacio Jaramillo J.

- 163 12. Los contratos conexos de consumo: un estudio de por qué los prestamistas deben responder por defectos y vicios de viviendas financiadas. Los casos Campo Alegre y Edificio Space**
John Alberto Tito Añamuro

- 207 13. La contratación electrónica en los ordenamientos jurídicos español y colombiano: una especial atención a la cuestión de la perfección contractual y el derecho de revocación**
Juan Francisco Ortega Díaz

VII. EL SUBSISTEMA NACIONAL DE CALIDAD

- 263 14. Hacia un entendimiento de las normas sobre el subsistema nacional de calidad: los artículos 68 a 74 del Estatuto del Consumidor en su contexto**
Ramón Madriñán Rivera

VIII. DERECHO DE LA COMPETENCIA, ASPECTOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

- 323 15. Derecho de la competencia y derecho de la protección del consumidor
Carlos Andrés Uribe-Piedrahita
- 349 16. El Estatuto del Consumidor y su integración en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
Margarita Cárdenas Poveda
- 383 17. La protección de los usuarios de servicios públicos domiciliarios. Su distinción con la noción de consumidor en el caso del mínimo vital de agua en Bogotá D.C.
Antonio Alejandro Barreto Moreno

IX. COMENTARIOS

- 427 18. Breves reflexiones sobre la Ley 1480 de 2011
Isaac Alfonso Devis Granados

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

Esta obra tiene un doble mérito. Por un lado, constituye un justo homenaje a uno de los más destacados juristas colombianos, el doctor Álvaro Mendoza Ramírez, quien a lo largo de su cátedra y ejercicio profesional, sin duda alguna, ha sido un modelo para varias generaciones de privatistas colombianos. Quienes tuvimos la oportunidad de ser sus estudiantes podemos afirmar su demostrada generosidad cuando se trataba de compartir su conocimiento, su exquisito trato y también su permanente exigencia que nos ha formado, tanto como personas como profesionales.

La pasión por el derecho ha sido uno de los rasgos fundamentales del doctor Álvaro Mendoza Ramírez, aspecto que lo ha llevado a lo largo de su desarrollo profesional a acumular un conocimiento en todas las ramas del derecho que solo puede predicarse de los grandes maestros. Su experiencia profesional como abogado y directivo de importantes empresas en Colombia, aunada a su saber jurídico, ha sido una fuente de conceptos que ha transmitido y ha compartido sin reservas con sus estudiantes y colegas, quienes siempre hemos encontrado en él la mejor intención y la disponibilidad para el diálogo, el debate y la discusión alejada de fundamentalismos y en la siempre búsqueda de la verdad.

Por otro lado, esta obra tiene el mérito de reunir a un destacado grupo de juristas, todos ellos expertos, que abordan el estudio de una de las temáticas más importantes del derecho privado en nuestro país: la regulación de la protección del consumidor en Colombia, a partir de la vigencia de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor).

En este sentido, se presentan los distintos temas objeto de estudio por medio de capítulos, siguiendo el orden establecido en la normativa objeto de estudio. Así, en un primer apartado, se estudian los conceptos básicos del derecho del consumo: los principios generales y la delimitación; la aplicación y el alcance de las normas protectoras de los consumidores en Colombia.

El Estatuto del Consumidor establece una serie de garantías que asume el productor y el distribuidor cuando pacta contratos de consumo. El tratamiento de estas garantías constituye una de las novedades más importantes que el derecho del consumo le ha aportado al sistema de contratos tradicional, el cual es regulado en el derecho civil y comercial. El estudio de estas garantías se aborda en un segundo apartado, a partir del análisis de lo que doctrinalmente se ha llamado las garantías de conformidad y de indemnidad, o responsabilidad por productos defectuosos.

El ámbito contractual del derecho del consumo no se agota en el establecimiento de las garantías, sino que va mucho más allá. Integra importantes reformas que modernizan todo el sistema de contratos, mediante la regulación de las denominadas cláusulas abusivas de la contratación, la contratación por adhesión a condiciones generales, el régimen de ventas a distancia, los contratos conexos de consumo y la contratación electrónica.

Gracias al volumen importante de contratos que se regulan en la actualidad por las reglas del Estatuto del Consumidor, la incidencia de estas reformas es enorme y sus efectos transformadores son muy importantes en la evolución de las instituciones jurídico contractuales tradicionales.

No son menos importantes otros aspectos de la relación que tiene el derecho del consumo con otros ámbitos normativos, presentados, esta vez, magistralmente por profesores que analizan la protección al consumidor en

materia de publicidad, el derecho de la competencia, los aspectos contencioso administrativos y de servicios públicos domiciliarios.

Por último, no estaría completa la obra si no contáramos primero con algunas notas de reflexión sobre la aplicación del Estatuto del Consumidor y con una referencia necesaria al derecho comparado, a partir de importantes aportes sobre el derecho europeo de contratos en materia de consumo y también sobre el transporte aéreo en la Unión Europea.

En este sentido, debemos agradecer a los coautores su inmediata disposición para participar en este propósito y su siempre marcada flexibilidad y sentido de colaboración para hacer una obra que asumiese todos los temas esenciales de la regulación jurídica del consumo en Colombia.

Como el lector podrá comprobar, se trata de una obra hecha con el respeto y el cariño debido hacia el maestro; de igual manera, es un texto articulado y basado en una temática fundamental del derecho privado y que, sin duda, marcará los futuros derroteros de nuestra disciplina; en este sentido, de indudable utilidad académica y práctica.

Fernando Jiménez Valderrama

*Chía, Universidad de La Sabana,
Campus del Puente del Común, abril de 2017*

ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ: UN JURISTA A CARTA CABAL

La tradición académica jurídica ha tenido la costumbre de realizar publicaciones en homenaje a juristas destacados, como una manera de expresar reconocimiento y resaltar los grandes aportes a la disciplina. En esta ocasión, un insigne grupo de juristas, tanto colombianos como extranjeros, han querido tributar ese excepcional reconocimiento a la persona del profesor, doctor Álvaro Mendoza Ramírez, y presentar una obra sobre el *derecho del consumo*.

Sin embargo, reconocer los aportes hechos por el profesor Álvaro Mendoza al derecho no debe, en lógica y justicia, circunscribirse al derecho del consumo en sentido estricto, ya que Álvaro Mendoza es un jurista a carta cabal; posee las más altas cualidades y conocimientos que uno espera encontrar en un abogado integral.

Desde su grado de abogado en 1962, Álvaro Mendoza siguió el ejemplo de hombre íntegro de su padre, el también abogado doctor Aquileo Mendoza Villafrade. Podría decirse que en su vida profesional se cumple exactamente lo que prescribe el celeberrimo decálogo del abogado de Eduardo J Couture, sobre el que citaremos solo algunos items:

Estudio. Mendoza Ramírez sorprende a todos sus colegas sobre un determinado asunto o explica en detalle los cambios más novedosos introducidos en la legislación. Sus socios de las firmas “Mendoza, Gaitán, Bermúdez y Asociados”; “Holguín, Neira, Pombo, Mendoza” y “Pinilla, González

Prieto y Mendoza” dan fe de que siempre les exigió que, además de ser verdaderos especialistas en un campo, debían conocer todo el derecho, porque el derecho es uno y el abogado debe integrar todas sus áreas con cierta solvencia para ser un buen abogado. Mendoza Ramírez estudia cada día y por eso cada día es más y mejor abogado.

Piensa. “El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”. El diálogo acerca de temas jurídicos resulta habitual tanto en sus conversaciones y en su trabajo; no como quien pretende sentar su última palabra, sino como quien medita el derecho vigente para encontrar el camino de la justicia.

Trabaja. “La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia”. La extraordinaria capacidad del doctor Mendoza para dar su opinión escrita en los temas que se le consultan muchas veces hace evidente lo que él quisiera ocultar: que ha debido exigirse horas extras para entregar esos conceptos jurídicos y estudio. Sus escritos concretos y claros exponen el núcleo del problema y las alternativas de solución, poniendo en evidencia un trabajo bien hecho.

Lucha. “Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”. La integridad personal de Álvaro Mendoza ordena coherentemente el derecho positivo y la justicia. Es un infatigable defensor del cumplimiento de la ley.

Sé leal. Leal con el cliente, con la contra parte y con el juez. Mendoza Ramírez abomina la trampa y los maquillajes, así como eufemismos en los que a veces caen muchos en la profesión. Mendoza no transige en estas cuestiones de honor y honradez, por lo que, en no pocas ocasiones, sus clientes se encuentran con el abogado que pide que cedan de sus posiciones para hacer justicia a la contraparte que la reclama en derecho.

Ama tu profesión. “Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para

ti proponerle que sea abogado”. Seguramente, por el respeto a la libertad de sus hijas y nietos Álvaro Mendoza nunca les propuso que se hicieran abogados; pero, sin duda, la vida ejemplar y el ejercicio brillante de su profesión movieron a dos de sus hijas y algún nieto a seguir esa profesión. En muchas universidades, sus alumnos han visto confirmada su vocación al derecho por tener como maestro al profesor Mendoza, porque muestra que esta noble profesión es una manera digna de destinar una vida en servicio de los demás.

Esa vida integral de caballero cristiano, padre, esposo y abuelo han sido el pilar de sus virtudes humanas que descollan y que ennoblecen su excelsa inteligencia, su sentido del humor y su erudita formación en el derecho.

La vida profesional de Álvaro Mendoza por cerca de 53 años está llena de riquezas que pocos pueden obtener: terminado su pregrado en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde fue distinguido como Colegial Mayor, profesor y consiliario, viajó a Europa y obtuvo el título de doctor en Derecho por la Universidad de París; luego en Roma (1963-1965), obtuvo el título de economista y especialista en Derecho Penal por la Università Degli Studi di Roma; años más tarde, en Bélgica cursó una Maestría en Derecho Comercial (1970-1971). Por su experticia en el derecho comercial, el doctor Mendoza fue designado miembro de la comisión redactora de la reforma del Código de Comercio, Ley 222 de 1995 y, desde entonces, ha sido un profundo defensor del derecho del consumo, el cual considera el futuro del derecho comercial.

En varias ocasiones ha sido propuesto para hacer parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; sin embargo, estos nombramientos no se concretaron; su pasión por la administración de justicia se ha visto colmada por más de ciento veinte actuaciones como árbitro tipo A de la Cámara de Comercio de Bogotá y más de diez en tribunales internacionales de arbitramento, algunos de la prestigiosa

Comisión de Arbitraje de la ICC (International Chamber of Commerce de Paris), reservada a pocos juristas de extraordinario reconocimiento. La carrera como árbitro fue reconocida por el Centro Internacional de Arbitraje y Conciliación del Caribe, con el premio internacional Vida y Obra en Materia Arbitral, Carlos Lleras Restrepo, y en el 2013 obtuvo el reconocimiento Audiencia de Oro.

Pero, si se le preguntara al profesor Mendoza cuál de esas experiencias de administración de justicia han marcado más su vida, quizás diría con sencillez que la grata experiencia de haber sido juez promiscuo municipal en Santander al inicio de su carrera; etapa en la que pudo palpar con toda hondura la necesidad de justicia de los más desfavorecidos y la importancia de la amigable composición o arreglo de los conflictos judiciales que hicieron de él no un abogado “litigante”, sino un abogado conciliador y amante del arreglo directo.

La figura polifacética de Álvaro Mendoza también se extiende a la vida académica. Además de su constante preocupación por el estudio diario, es profesor titular y emérito de la Universidad de La Sabana; exrector (1995-2006) y exdecano de su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2008-2014). En su larga vida profesoral ha estado vinculado a las universidades del Rosario, Externado, Católica y Javeriana, entre otras.

Su producción intelectual está en una extensa variedad de laudos arbitrales, libros y artículos monográficos, particularmente sobre el contrato de *leasing*, el contrato de reporto, fiducia mercantil y otras operaciones fiduciarias, hipoteca y principios generales de títulos valores. Es miembro del grupo de investigación de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

Pero la vida del profesor se ennoblece cuando se es maestro de vida para sus estudiantes y por eso en una entrevista recogida por la revista

Diners, el profesor Mendoza resumía así el papel del profesor universitario: un buen profesor es “Quien es capaz de abrir horizontes para que sus alumnos investiguen los diferentes problemas de su clase. Está llamado a comunicar sus intuiciones y, sobre todo, su amor por los temas que trata con sus alumnos”.¹

La carrera de Álvaro Mendoza también tuvo un significativo desempeño en la banca privada colombiana, donde fue uno de sus protagonistas, primero como abogado y gerente regional en Antioquia y luego vicepresidente del Banco de Bogotá. Más tarde fue vicepresidente y presidente del Banco Popular y fue el presidente fundador de Davivienda.

En un homenaje al doctor Mendoza en la Universidad de La Sabana, el profesor Hernán Alejandro Olano García escribió una reseña biográfica en la que destacaba con acierto que

[...] de los escritos de Mendoza, tal vez hay uno de corte autobiográfico y experiencial: una primavera en París; en él. Álvaro Mendoza Ramírez, que vivió y participó en los hechos de 1968, nos presenta la verdad y una cara distinta de lo que fueron aquellos episodios, una propuesta pacífica, alegre y juvenil en las que fueron famosas las pancartas como aquellas con frases como “la imaginación al poder” y “prohibido prohibir” que mostraron el ingenio intelectual de los estudiantes de pregrados de la Universidad de París, ubicada en la plaza de “La Sorbonne”, que luego fue presentada como “una epopeya transformadora de la política del pensamiento y de la historia” y que según él, lo convirtió, junto a muchos en “héroes anónimos sin saberlo, sin quererlo y sin merecerlo”.²

Con esta obra sobre el derecho del consumo y el homenaje por parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana y de importantes juristas al profesor doctor Álvaro Mendoza Ramírez

1 Citado por H. OLANO GARCÍA, *Homenaje al doctor Álvaro Mendoza Ramírez*, Chía, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, pro-manuscrito, 2004.

2 Ibid.

se quiere decir a todas las generaciones de sus alumnos y colegas, que personas como Álvaro Mendoza no deben ser “héroes anónimos”; que quizás haya llegado a ser maestro de vida para muchos de nosotros sin quererlo; pero que este reconocimiento se hace a la vida y persona, mereciéndolo.

Obdulio Velásquez Posada
Rector
Universidad de La Sabana

VI.

ASPECTOS CONTRACTUALES Y VENTAS ESPECIALES

10. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES

Arturo Solarte Rodríguez¹

Es particularmente honroso para quien escribe estas líneas participar en este libro con el que se rinde un merecido homenaje al profesor Álvaro Mendoza Ramírez, destacado jurista, reconocido profesor universitario y muy distinguido árbitro. Resulta igualmente necesario resaltar que el homenaje que se le brinda al eminente jurista santandereano se haga mediante la publicación de un libro de estudios sobre derecho de protección del consumidor, pues, como es suficientemente conocido, en el derecho privado moderno la gran mayoría de relaciones contractuales se enmarcan en el contexto de las relaciones de consumo. Enhorabuena, entonces, por esta iniciativa, en primer lugar, por el reconocimiento a la trayectoria y al aporte que Álvaro Mendoza Ramírez ha hecho al derecho privado colombiano, y, en segundo término, porque en la literatura jurídica nacional son escasos los textos académicos que contribuyan al mejor entendimiento y al mayor desarrollo del que en la actualidad se denomina, con aspiraciones de autonomía, como derecho del consumo.

En los párrafos que siguen se estudiará, en particular, la temática relacionada con las condiciones generales de la contratación y la celebración de contratos por adhesión, con especial referencia a lo que establece la Ley 1480 de 2011.

¹ Abogado en ejercicio, profesor universitario y árbitro de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Cali. El autor agradece especialmente la colaboración de Santiago Osorio Salazar en la investigación que dio origen a este documento.

Concepción clásica de los contratos

En la época de la codificación, desarrollada principalmente en el siglo XIX, se consolidó la visión liberal e individualista de los contratos. Aunque dicha concepción fue el fruto de un largo desarrollo histórico,² quedó finalmente recogida en el Código de Napoleón de 1804 y, posteriormente, en los diferentes códigos civiles europeos y latinoamericanos expedidos en los años siguientes.

Uno de los principios básicos del Código Civil francés está en que la regulación de las relaciones entre los particulares tenía su fundamento en la voluntad de las partes, entendida esta como la fuente principalísima de los efectos jurídicos, limitada solamente por excepcionales disposiciones legales, basadas en consideraciones superiores (orden público o buenas costumbres).³ El ordenamiento jurídico nacional no fue extraño a estos principios y, como consecuencia de esa concepción, en el Código Civil colombiano se estableció que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602 del CC). En todo caso, en nuestra legislación las limitaciones no solamente provienen de la ley imperativa, sino que en ella los límites del orden público y las buenas costumbres se plantearon de manera independiente y como categorías abiertas, lo que permite una mejor adaptación del ordenamiento jurídico a los cambios que se presentan en la vida social (arts. 6 y 1518 del CC).

La visión clásica del contrato se caracterizó por concebir a la persona como fundamento y fin de todas las leyes, y en consecuencia, a los acuerdos de

2 C. G. VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984. J. A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles, Contratos atípicos*, Bogotá, Ed. Legis, 7ª edición, Bogotá, 2012, pp. 39-49.

3 Art. 6° del CCF.

voluntades como la vía principal por medio de la cual los seres humanos debían regir sus relaciones jurídicas, incluso con preferencia a las disposiciones de la ley. El Estado se encontraba restringido en sus competencias a la conservación y protección de los acuerdos de voluntades, considerándose cualquier intervención al respecto como una intromisión indebida en la esfera de la libertad de los ciudadanos.

Dicha visión, que recoge elementos del antiguo derecho canónico, del voluntarismo, así como los planteamientos del iusnaturalismo, y tiene correspondencia con los ideales del liberalismo económico, fue fruto, específicamente, del ideario de la Revolución francesa, pues los contratos que celebraban los ciudadanos debían ser respetados íntegramente en su contenido, debido a que se entendía que ellos eran el resultado de declaraciones de voluntad que los contratantes realizaban en ejercicio de su libertad y en condiciones de igualdad.

Así surgió y se consolidó el principio de la autonomía de la voluntad privada, o autonomía privada, como se le conoce actualmente de manera más precisa. Ese principio, que se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad que tienen los particulares de autorregular sus intereses, teniendo en cuenta, en todo caso, los límites que el propio ordenamiento establece, gozaba de un vigor o fuerza casi absoluta en la época de las codificaciones. Entonces, como el principio fundamental de los contratos era el de la autonomía privada, se hizo fundamental verificar y proteger el consentimiento de los particulares, y en ese contexto no era tan importante cuestionarse sobre si era justo lo pactado, sino más bien responder el interrogante atinente a si el contrato había sido libremente consentido.⁴

4 VALLESPINOS, ob. cit., p. 87.

Los contratos eran ordinariamente el producto de la labor conjunta de las partes y lo que quedaba plasmado en ellos era el resultado de una discusión que, se presumía, había sido realizada en pie de igualdad entre quienes intervenían en la negociación, por lo que se suponía el libre consentimiento de los contratantes respecto de la totalidad del acuerdo, que era, por lo tanto, una expresión de la unión de las voluntades de las partes. En palabras de Mosset Iturraspe, el consentimiento “aparecía como el destilado laborioso de una discusión mantenida de persona a persona, luego de sopesar una a una las razones en pro y en contra” de la negociación.⁵

La masificación en la contratación

No obstante, esa manera de entender el contrato como una libre e igualitaria disposición de intereses no resultó acorde con las nuevas dinámicas del mercado y con las pretensiones económicas de sus agentes, consistentes en producir, comercializar y adquirir masivamente bienes y servicios, para satisfacer variadas necesidades.

Con el advenimiento de la Revolución industrial, la economía sufrió un cambio sustancial con repercusiones a nivel global. Con nuevas tecnologías y métodos de producción más eficientes, empezó la era de la producción en serie.⁶ Aparecieron grandes y poderosas empresas especializadas en la fabricación masiva de artículos y productos, motivadas también por

5 J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, primera reimpresión, 2007, p. 145.

6 R. E. FIERRO MÉNDEZ, *Aspectos contractuales del nuevo estatuto del consumidor en Derecho del Consumo. Problemáticas actuales*, directores: J. M. GUAL y J. C. VILLALBA, Universidad Santo Tomás y Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, pp. 265-285, 266-267.

una ampliación de la demanda, debido a la reducción de los precios y a los efectos de la propaganda.⁷

La masificación en la producción trajo como consecuencia lógica la contratación en masa, ya que *“no era posible dar salida a toda la producción negociando cada uno de los ítems individualmente, al modo tradicional”*, pues para esto hubiera sido preciso “un gran número de vendedores con poderes suficientes para cerrar los tratos, con un enorme despilfarro de tiempo y medios, que provocaría un encarecimiento insoportable del producto, perdiendo así las economías de escala derivadas del nuevo sistema productivo”.⁸

Además de la masificación de los procesos contractuales, se fueron presentando diversas circunstancias que caracterizaron la contratación en esta nueva etapa, como el anonimato de los contratantes, la mecanización de los acuerdos, una marcada diferencia del poder de negociación entre los intervinientes, y la predisposición del contenido por una de las partes.⁹

Esto supuso que “el consentimiento fruto de la libre negociación entre personas de un similar poderío económico, síntesis de una transacción a mérito de concesiones recíprocas” se tornara en algo cada vez menos frecuente, tanto así que se lo calificó como algo “irreal e impropio”.¹⁰

En la actualidad, fruto de la evolución y de las innovaciones presentadas en más de un siglo, en las sociedades capitalistas y con énfasis en la economía de mercado, nos encontramos en el escenario de la denominada

7 J. A. BALLESTEROS, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad privada*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 25.

8 Ibid.

9 Ibid., p. 26.

10 ITURRASPE, op. cit., p. 145.

sociedad de consumo, caracterizada por una economía que encuentra su dinámica en importantes fuerzas motrices, como los grandes productores de bienes y servicios, que mediante la utilización de extensas y complejas cadenas de distribución se ocupan de satisfacer nuevas necesidades incentivadas por la publicidad.¹¹ Estamos frente a una circulación de los productos cada vez más acelerada y global que ha generado una masificación mayor de la contratación, así como la aparición de nuevas modalidades negociales, inéditas formas de contratación, así como modernas y más agresivas estrategias de mercadeo y ventas, propiciadas particularmente por los avances de la tecnología de la información, todo lo cual genera, obviamente, importantes desequilibrios entre empresarios y consumidores, y, por ende, el cuestionamiento sobre la pertinencia de la regulación decimonónica de los contratos en relación con esta nueva realidad,¹² que ciertamente no parece corresponder a los principios básicos de la codificación, como fueron la igualdad y la libertad de los contratantes. Se hace necesario, entonces, establecer controles de diversa naturaleza con el propósito principal de preservar la libertad de los consumidores y evitar situaciones de abuso en detrimento de la parte débil de tales relaciones.

La adhesión y las condiciones generales como instrumentos de estandarización en la contratación contemporánea

Dada la masificación en la producción y la oferta de bienes y servicios, se hizo necesario crear instrumentos enderezados a estandarizar el intercambio económico y su expresión jurídica más representativa, como es la con-

11 ARRUBLA PAUCAR, op. cit., pp. 57-61.

12 Ibid.

tratación, lo que se ha realizado, principalmente, mediante la utilización de las condiciones generales predispuestas por el empresario y la adhesión por parte del consumidor que desea adquirir el respectivo bien o servicio.

El uso de estos instrumentos se ha justificado por parte de la doctrina con distintos argumentos y consideraciones, pues, según se ha señalado, mediante su implementación se agilizan las transacciones y se le da un mayor dinamismo a la circulación de la riqueza; agregan mayor seguridad y eficiencia al tráfico jurídico por la uniformidad, la rapidez y la estabilidad que generan en las negociaciones; permiten una mayor previsibilidad y cálculo de los riesgos; contribuyen a eliminar la incertidumbre, ya que por medio de ellos es posible regular de manera amplia y detallada las prestaciones recíprocas de los contratantes, en particular, los costos en los que ellos habrán de incurrir; permiten regular aspectos de naturaleza técnica que por sus complejidad y dinamismo no pueden ser contemplados *ex ante* por las normas; con ellos se reduce el número de litigios y los costos de transacción asociados a los contratos al simplificar el procedimiento de su formación y conclusión; y, finalmente, su utilización permite realizar una interpretación uniforme de las cláusulas que resulte aplicable a todos los contratos referidos al mismo producto o servicio.¹³

La estandarización característica de la contratación contemporánea es destacada por Jorge Pinzón Sánchez, quien indica que sus elementos más preponderantes son los siguientes:

13 C. G. VALLESPINOS, *Ventajas e inconvenientes del contrato por adhesión a condiciones generales*, ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Comercial, Bogotá, 2010. C. A. SOTO COAGUILA, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, en *Revista Universitas* 106 (2003), pp. 579-ss. R. E. FIERRO MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 268.

1) el uso de contratos tipo, cuya estructura básica ha sido preestablecida en formatos escritos que pueden haber sido redactados por quien los pone en juego con ocasión de un contrato, o por terceros con relación con los eventuales contratantes, o sin ella; 2) el uso de tales formatos con el propósito de obtener la adhesión a lo predispuesto en ellos sin negociaciones previas acerca de su contenido, y sin que importe si el adherente actúa de manera inicial como proponente, o si solo acepta una oferta de la cual ha sido destinatario; 3) la posibilidad de expresar adhesión al contrato resultante mediante su ejecución, de forma directa y sin haber sido precedida por su celebración, y 4) la determinación total o parcial del contenido del contrato mediante la referencia a condiciones generales o uniformes de contratación que no siempre constan en el formulario y que pueden haber sido elaborados o no por quien ha hecho la referencia a ellas.¹⁴

Todos o algunos de estos instrumentos se combinan y se complementan con la contratación masiva, orientada a estandarizar los negocios jurídicos que los empresarios celebran y ejecutan con los potenciales contratantes, sin perjuicio de que se utilicen también para operaciones de naturaleza individual. Igualmente, es importante anotar que aunque su mayor desarrollo se produce en el ámbito del consumo,¹⁵ es posible que estos instrumentos sean usados por los empresarios en sus relaciones con otros comerciantes, como ocurre, por ejemplo, en el supuesto de las denominadas “batallas de formularios”, que ocurren cuando se presenta una colisión entre las estipulaciones predispuestas por los empresarios en sus respectivos clausulados contractuales.¹⁶

14 J. P. SÁNCHEZ, *Contratos de contenido predispuesto: La adhesión y las condiciones generales de contratación en Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Marcela Castro de Cifuentes, Editorial Temis, 2011, t. I, pp. 487-529.

15 L. PUIG I FERRIOLL, M. C. GETE-ALONSO, J. GIL RODRÍGUEZ y J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *Manual del Derecho Civil*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 3ª ed., 2004, t. II, p. 581.

16 *Ibid.*, pp. 488-489. Sobre los “*conflictos entre formularios*”, el artículo 2.1.22 de los Principios Unidroit de 2010 establece que “Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes,

Si bien el uso de los instrumentos de estandarización puede generar múltiples ventajas como las que se mencionaron anteriormente, es evidente que ellos también dan lugar a diversos problemas y cuestionamientos, por lo que se ha señalado, por ejemplo, que con el uso de estos mecanismos se ve cercenada total o parcialmente la libertad contractual del adherente;¹⁷ por la presentación y la forma de redacción del clausulado predispuesto, ordinariamente los términos del contrato no son conocidos realmente por quien se adhiere a ellos; el contenido responde a los intereses del predisponente y, por lo tanto, se enfatiza en sus prerrogativas y exoneraciones, al paso que los deberes y las restricciones para el adherente se multiplican; se pueden presentar abusos por parte del predisponente al imponer un clausulado ambiguo que perjudica al otro contratante, que ordinariamente es la parte débil de la relación; el consentimiento en este tipo de acuerdos podría estar viciado;¹⁸ se presenta una importante asimetría en cuanto a la información con la que cuentan las partes del contrato, pues el adherente no tiene el conocimiento técnico especializado del empresario, entre otras críticas y observaciones que frecuentemente se realizan a este tipo de instrumentos.

De igual forma, es pertinente destacar que la utilización de los instrumentos a los que se ha hecho referencia ha dado lugar a que se haga alusión a los *contratos standard* o *estándar*, en los que se reúnen los elementos de predisposición y adhesión pura y simple, además de su utilización para un número indeterminado de operaciones. Esta terminología es utilizada en algunos de los trabajos de armonización preparados recientemente en materia contractual.

a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato”.

17 BALLESTEROS, op. cit., pp. 41-42.

18 VALLESPINOS, op. cit., p. 208.

Es el caso de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004, cuyos artículos 2.1.19 a 2.1.22 hacen referencia a *contratos con cláusulas estándar*, respecto de los cuales, en el comentario correspondiente se señala que

Por cláusulas estándar se entienden aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte [...]. Lo que es decisivo no es su presentación formal (v.gr. si se incorporan a un documento independiente o si forman parte del contrato mismo, utilizadas en formularios impresos o simplemente incorporadas en archivos electrónicos, etc.), ni quién las ha elaborado (la parte misma, una asociación profesional o comercial, etc.), ni su extensión (si consisten en un conjunto de disposiciones que incluyen casi todos los aspectos pertinentes del tipo de contrato del que se trate, o si solo se refiere a una o dos disposiciones, por ejemplo, a la exclusión de responsabilidad y al arbitraje). Lo que sí es decisivo es que hayan sido predisuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra. Este último requisito se refiere solamente a las cláusulas estándar que la otra parte debe aceptar como un todo, por lo que no incluye a los otros términos del mismo contrato que pueden negociarse.¹⁹

Para finalizar este acápite, debemos destacar que el concepto de contratos por adhesión a condiciones generales no corresponde o se identifica, estrictamente, con la noción de *contratos de consumo*, si bien son categorías que frecuentemente se presentan unificadas. La relación de consumo se establece entre un productor o un proveedor, por una parte, y el consumidor, por la otra, quien adquiere un bien o servicio, como destinatario final, para satisfacer una necesidad propia, no ligada intrínsecamente a su actividad económica. Ricardo Lorenzetti señala sobre este tema que “Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales se caracterizan

19 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Unidroit, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma, Unidroit, 2007.