

ESTUDIOS DE DERECHO DEL CONSUMO (LEY 1480 DE 2011)

**Conceptos básicos,
garantías, publicidad
y cláusulas abusivas**

Tomo I

Fernando Jiménez Valderrama,
-Editor científico-



Universidad de
La Sabana



COLECCIÓN
INVESTIGACIÓN

ESTUDIOS DE DERECHO DEL CONSUMO (Ley 1480 de 2011)

Conceptos básicos, garantías,
publicidad y cláusulas abusivas

Homenaje al profesor
Álvaro Mendoza Ramírez

Fernando Jiménez Valderrama
(Editor científico)

Tomo I



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

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.

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

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

I.

**CONCEPTOS BÁSICOS
DEL ESTATUTO DEL
CONSUMIDOR**

1. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMO

Joaquín Acosta Rodríguez¹

Introducción

La misión esencial del derecho es resolver de manera pacífica los distintos conflictos generados a raíz de la convivencia social; para ello es necesario que haya concordancia entre la realidad y lo jurídico. Vale la pena preguntarse si tal presupuesto se verifica en nuestro derecho privado, incluyendo especialmente el tema negocial y consumerista. Como se ha explicado en trabajos anteriores,² el derecho de obligaciones de tradición continental remonta sus orígenes al régimen de la antigua Roma; este entorno es esencialmente diferente al actual. En efecto, la economía de la sociedad romana

1 Universidad de La Sabana, Chía, Colombia.

2 J. ACOSTA, “Aportes del derecho del consumidor al derecho colombiano de contratos”, en J. GUAL y J. VILLALBA, dir., *Responsabilidad civil y negocio jurídico*, Bogotá, éd. Gustavo Ibáñez, 2013, p. 580 s.; “Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global”, en *Revista Iusta*, juín, Bogotá, 2012, p. 15 s.; “El necesario reconocimiento del principio de justicia negocial”, en *Revista Via Inveniendi Et Iudicandi*, Jun 2012, en [///C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-ElNecesarioReconocimientoDelPrincipioDeJusticiaCon-3819176.pdf](http://C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-ElNecesarioReconocimientoDelPrincipioDeJusticiaCon-3819176.pdf); “La constitucionalización de la buena fe negocial: perspectivas para la seguridad negocial”, p. 23 s., en A. ECHEVERRI, dir., *Responsabilidad civil y negocio jurídico*, Bogotá, ed. Gustavo Ibáñez, 2011; “La reforma al derecho de la responsabilidad negocial: consecuencias específicas de la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Revista Iusta* (2009); “La constitucionalización del derecho colombiano de contratos”, en *Revista Iusta*, (2008). Ver también J. ACOSTA *et al.*, “Los contratos en la era global”, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2012; “Derecho de los contratos en Colombia -tendencias globalizantes”, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2011.

era de tipo mayoritariamente agrario y junto con el aporte medieval, de corte eminentemente feudal.

Lo anterior indica una creciente brecha entre el régimen económico-negocial y la realidad material actual. Fenómenos históricos como la Revolución Industrial, la cuestión social, la sociedad de consumo y, especialmente, la globalización han transformado a tal punto las dinámicas transaccionales que exigen repensar el derecho de los negocios. A manera de ejemplo, vale la pena recordar que gracias a la industrialización nació la clase social o el gremio de los industriales, quienes transformaron la cadena de distribución de bienes y servicios. Así, se encuentran eslabones económicos inexistentes en un circuito artesanal, como es el caso de la producción y la distribución en masa, con las correspondientes consecuencias generadas a partir de esta nueva realidad.

No obstante lo anterior, hay razones para cuestionar que el contexto económico contemporáneo sea distinto al del mundo anterior al siglo XIX; en consecuencia, las nuevas realidades coexistirían con constantes históricas. A manera de ejemplo sobre las permanencias económicas y jurídicas, se puede citar la compraventa como el principal y más importante contrato, desde el mundo antiguo hasta nuestros días. La tarea entonces será identificar esta dialéctica entre lo nuevo y lo persistente en el mundo económico contemporáneo o posmoderno.

Entre las novedades actuales es menester destacar que la globalización económica se ha acelerado gracias a las nuevas tecnologías, las cuales facilitan la movilidad de la información, los capitales y las personas, determinando un nivel creciente de la inversión por parte de multinacionales a lo largo del planeta, América Latina incluida. Realidades regionales como el Pacto Andino —hoy CAN— o Mercosur se inscriben en el proceso global de conformación de bloques económicos, tendientes a generar integra-

ción comercial. Desde luego, ello confluje en un debilitamiento del poder estatal, específicamente la posibilidad de influir en la política económica gracias a una serie de reformas³ implementadas en la región a partir de la década de los ochenta en el siglo anterior.⁴

Problemática de investigación

Estas novedades son desconocidas para nuestro derecho privado tradicional. En efecto, cuando nuestra región acogió con los brazos abiertos el régimen del Código Civil francés a lo largo del siglo XIX, lo hizo seducida por las premisas revolucionarias de la libertad y la igualdad. En materia jurídica, la herramienta principal fue el postulado de la autonomía de la voluntad privada, considerada el punto de equilibrio entre la necesidad de proteger los intereses de los contratistas, así como la salvaguarda del interés general. Sin embargo, en el mundo actual las fórmulas de libertad e igualdad ya no se exhiben tan irrefutables. Los contratos de la actualidad, en su gran mayoría, ya no son el resultado de fuerzas e intereses equilibrados y de la libre discusión entre iguales. Ello podía creerse en un mundo regido por realidades agrícolas y artesanales; pero la globalización trajo consigo los procesos de integración económica y privatización, promoviendo que los mercados estén bajo el dominio de los grandes conglomerados, lo cual genera riesgos innegables para los consumidores.⁵

3 Las reformas económicas recayeron en aspectos como apertura comercial, delimitación del intervencionismo del Estado en materia económica y flexibilización laboral y cambiaria. Estos procesos fueron supervisados por el FMI y el Banco Mundial.

4 C. SÁNCHEZ, “El impacto de la globalización: aspectos económicos y políticos en América Latina”, en *Globalización, integración económica y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2005, pp. 195-ss.

5 M. ORTEGA, “Mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos internacionales”, en *Globalización y derecho mercantil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2008, p. 14.

Fundado en el pensamiento liberal del siglo XIX, se entendió que el legislador era el encargado de fijar los límites de la autonomía negocial y, de esta manera, preservar la justicia y la equidad. Correlativamente, el juez era un simple instrumento de la ley, la cual era considerada casi como un concepto sagrado al ser la “expresión de la voluntad popular”. El esquema era algo admisible bajo un sistema en que el contratante no detentaba el poder de imponer a su contraparte el clausulado. Pero, en un mundo postindustrial y globalizado, se denuncia reiteradamente la necesidad de que el Estado desempeñe un papel interventor en aras de prevenir, corregir y sancionar los abusos frecuentes cometidos por la parte negocial que detenta una posición dominante.

Lo anterior nos lleva al sempiterno problema de encontrar el punto de equilibrio entre libertad (económica) y justicia (negocial). De ahí que hoy se entienda que el derecho tiene que generar —especialmente mediante la protección efectiva de los derechos económicos y sociales— aquella medida de libertad que al mismo tiempo reconozca la necesidad de acatar un mínimo de deberes, por ejemplo, el respeto por el derecho ajeno, especialmente de aquel que es más vulnerable.

Método de estudio

En virtud de la constitucionalización del derecho en Colombia, en adelante deberán ser interpretadas las diferentes ramas jurídicas “a la luz de los principios y valores constitucionales”.⁶ Desde luego, en materia de de-

6 Corte Constitucional, *Sentencia* C-491/00: “no solo el derecho privado sino todas las ramas del derecho deben ser reinterpretadas a la luz de los principios y valores constitucionales, pues si la Constitución es norma de normas, y debe aplicarse de preferencia a las otras disposiciones (CP art. 4°), es indudable que ha operado una cierta constitucionalización del derecho ordinario”; *appr.* BVerfGE 7, 198 - Lüth.

recho de consumo, los denominados *principios generales del derecho* ven incluso su existencia misma cuestionada por un sector de la doctrina.⁷ No obstante, estos principios son tangibles;⁸ ellos han sido consagrados por la jurisprudencia;⁹ determinados autores, particularmente anglosajones, han compilado una lista,¹⁰ al tiempo que las convenciones internacionales tratan de identificarlos.¹¹ ¿De dónde vienen los principios del derecho? Algunos de ellos vienen de los derechos internos, así como del derecho romano, fenomenología que los autores alemanes denominaron como *Gemeines Recht* o *jus comune*,¹² las primicias de un derecho común que deja sus huellas en todos los sistemas jurídicos de influencia europea; de esta manera, se inspira el sentimiento de remontarse a lo más profundo de sus raíces jurídicas y de reposar sobre terreno sólido al ser ancestral.¹³

-
- 7 Ver P. JESTAZ, “L’urgence et les principes classiques du droit civil”, LGDJ, 1968, pp. 37-ss.; J. BOULANGER, “Principes généraux du droit et droit positif”, in *Le droit privé au milieu du XXe siècle – Études G. Ripert*, t. I, 1950.
- 8 C. BAR VON, “Des principes à la codification: perspectives d’avenir pour le droit privé européen?”, en www.courdecassation.fr; M. BILLIAU, “Regards sur l’application par la Cour de Cassation de quelques Principes du droit des contrats à l’aube du XXI^e siècle” in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ 2001, pp. 119-ss.; P. JOURDAIN, “Les principes de la responsabilité civile”, Dalloz-Sirey, 2000; J. P. ANCEL, “La cour de cassation et les principes fondateurs de l’arbitrage international”, in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, 2000, p. 161; R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995; également *L’empire du derecho*, PUF, 1994.
- 9 M. TROPER, “Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon DWORKIN”, *Droit et Société*, n.º 2 1986, pp. 53-ss.; R. DWORKIN, “La théorie du droit comme interprétation”, en *Droit et Société*, n.º 1, 1985, pp. 99-ss.
- 10 P. KAHN, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international” in *JDI*, 1989, pp. 324-ss.
- 11 B. JALUZOT, “La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais”, *Dalloz*, 2001, n.º 3, p. 2.
- 12 *Ibid.*
- 13 J. P. LÉVY y A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002; ver R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, Academia Bruylant, 2000; J. ELLUL, “Histoire des institutions, Le XIX^e

Un enfoque comparatista

En virtud de la globalización, las fronteras han entrado en crisis, tanto las geopolíticas como las conceptuales.¹⁴ Mientras que la globalización de la economía se encuentra marcada por la *desterritorialización* de la producción, la globalización jurídica determina una *desnacionalización* del derecho, así como de su elaboración, lo cual abre perspectivas y oportunidades interesantes.¹⁵ La globalización no es un fenómeno homogéneo; ella no genera necesariamente las mismas consecuencias de una zona geográfica a la otra. Sin embargo, determinados rasgos comunes pueden ser identificados: el Estado nación ha entrado en crisis, el espacio político apenas logra seguir al espacio económico.¹⁶ La globalización ha impactado el mundo de los juristas. Ellos han sido obligados a repensar en profundidad sus hábitos; árbitros, magistrados, litigantes, consultores y académicos han debido abrirse al exterior.

En efecto, cada época invoca una teoría del derecho determinada. Aprender el contexto cultural de su tiempo se impone a toda inteligencia

siècle”, PUF, coll. Quadrige, 1999; X. MARTIN, “Anthropologie et code Napoléon”, in *Bulletin de la société française d’histoire des idées et d’histoire religieuse*, 1984, p. 39; P. OURLIAC y J. MALAFOSSE DE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, PUF, 1969.

14 Así, en materia jurídica se verifica porosidad de fronteras entre el derecho público y el derecho privado, el derecho interno y el derecho internacional, el derecho civil y el derecho mercantil, el *hard law* y el *soft law*...

15 Para el profesor Caillosse, esta desnacionalización constituye una auténtica oportunidad para los juristas: “*la dénationalisation du droit ouvre de nouvelles perspectives intellectuelles*”. Ver J. CAILLOSE, “Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français. Bref essai de mise en perspective”, in *AJDA*, 2010, p. 936.

16 Ver en tal sentido A. LE QUINIO, “Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles”, *LGDJ*, 2011, n.º 57, p. 34, note 126: “*Ce constat est particulièrement flagrant dans le cadre de l’Union européenne où l’intégration politique coïncide difficilement avec l’intégration économique*”.

del derecho.¹⁷ En la actualidad, en esta comprensión de lo jurídico reposa el método comparatista, ya que el derecho comparado constituye un medio esencial ofrecido a esta comunidad para comprender las mutaciones verificadas bajo el impacto de la globalización y del mestizaje jurídico que ella acentúa. Es así como, para los juristas, el derecho comparado representa una formidable herramienta de reflexión y de trabajo en este nuevo contexto;¹⁸ el método jurídico comparatista “abre los ojos y el espíritu”.¹⁹ Así, la globalización jurídica, asociada a la interconectividad normativa, invita a repensar las bases conceptuales y categoriales de la ciencia del derecho; a adaptar los modelos clásicos a esas nuevas realidades.²⁰

Lo indicado ha determinado que en los países de influencia europea —sistemas continentales particularmente— se asista a un acontecimiento reciente: el *desmantelamiento* del derecho común de obligaciones contenido en el Código Civil,²¹ Tal acontecimiento corresponde principalmente a la aparición de dos ramas del derecho privado: en primer lugar, el derecho de la competencia, cuyo contenido es primordialmente económico; seguidamente el derecho del consumo, centrado en la protección del consumidor. Ambas ramas conllevan categorías y conceptos nuevos, todo lo cual ha tenido una fuerte incidencia en el derecho de obligaciones. En efecto, la idea de que el Estado debe intervenir en la vida económica con el objeto de proteger la parte débil orienta la vida negocial hacia el respeto del interés general.

17 M. VAN DE KERCHOVE y F. OST, “Le droit ou les paradoxes du jeu”, PUF, 1992, p. 7.

18 A. LE QUINIO, “Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles”, LGDJ, 2011, n.º 60, p. 35.

19 Texto original: “ouvre les yeux et les esprits”, en E. ZOLLER, “Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?”, en *Droits-Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 32 (2000), p. 123.

20 LE QUINIO, op. cit., n.º 62, p. 35.

21 TERRE, SIMLER, LEQUETTE, “Les obligations”, *Dalloz*, 12 (2002).

De esta manera han entrado las nociones de orden público económico de dirección en el escenario jurídico, y del orden público económico de protección, cuyas fronteras con el derecho común no son claras.²²

Surgimiento del derecho del consumo y del orden público económico de protección

El cuestionamiento al postulado de igualdad económica, política y, por lo tanto, contractual responde al objetivo de restablecer un equilibrio entre el débil y el fuerte, al momento mismo de celebrar un contrato. De esta manera, el derecho objetivo reglamenta el contenido de determinados contratos. Se trata de convenciones en las cuales las partes se encuentran en una situación de desigualdad (empleador y empleado, EPS y paciente, operador y usuario de telecomunicaciones, etc.).²³ Esta realidad es particularmente visible en materia de protección a los consumidores.

El derecho del consumo propende por que el consumidor tenga los medios de informarse y reflexionar antes de celebrar un contrato. Incluso, determinadas disposiciones reglamentan el contenido de ciertos contratos; el objetivo es aportar una información suficiente a la parte más débil en el vínculo contractual y que su consentimiento sea libre y fruto de un frío análisis.

De igual manera, el derecho del consumo les indica a los contratantes profesionales o experimentados las informaciones que obligatoriamente deben figurar en sus ofertas. En ocasiones, les otorga a los consumidores un plazo de reflexión que les suministra no solo tiempo, sino también los medios para escoger entre varias opciones. En Colombia, la Ley 1480 de

22 FLOUR, AUBERT, "Les Obligations", *Dalloz*, 296 (2004).

23 TERRE, SIMLER, LEQUETTE, op. cit.

2011 es la norma positiva que recoge los planteamientos actuales, al menos en sus aspectos generales. Ello, por cuanto debe tenerse en cuenta otras normas complementarias, como la Ley 1328 de 2009, “por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, Ley 142 de 1994, que rige los servicios públicos domiciliarios, o el Decreto 1130 de 1999, que se refiere a los servicios públicos de telecomunicaciones no domiciliarias, incorporando determinadas disposiciones que afectan el régimen de protección al consumidor.

De esta manera, el legislador contemporáneo implementa disposiciones que implican un innegable cuestionamiento a ciertos principios contractuales, como la igualdad de las partes en todo vínculo contractual. En efecto, el derecho de contratos se ha dado cuenta de que los contratantes profesionales o experimentados se encuentran muy a menudo en posición de superioridad, en relación con los consumidores, debido a una supremacía en conocimientos técnicos, así como a una capacidad financiera más importante. En consecuencia, los consumidores reciben del derecho positivo ciertas medidas de protección para compensar las ventajas que los contratantes profesionales o experimentados extraen de su posición.

Desde finales del siglo pasado, el derecho del consumo ha enriquecido la teoría general del contrato: este derecho especial ha establecido una cierta fusión entre los momentos de conclusión y ejecución de los contratos. Esta concepción preconiza que el contrato termina de formarse ejecutándose.²⁴ En efecto, de una manera general, la obligación de información corresponde simultáneamente tanto a la formación como a la ejecución del contrato.²⁵

24 ROUHETTE, “Droit de la consommation et théorie générale du contrat”, in *Études Roussière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 265-ss.

25 A. MALAURIE, “Obligations”, *Defrénois*, 638 (2004).

De igual manera, la superioridad de los contratantes profesionales o experimentados implica el riesgo de generación de desequilibrios significativos entre los derechos y las obligaciones de aquellos y los consumidores. De ahí que el legislador colombiano eventualmente disponga que las cláusulas que den lugar a tales desequilibrios deban ser consideradas no escritas.

También la ley, por mandato del artículo 78 de nuestra Constitución,²⁶ organiza un conjunto de medidas preventivas en algunos productos destinados al consumo. El objetivo es controlar los productos destinados a los consumidores, con el fin de impedir riesgos antijurídicos contra la salud y la integridad física. Estas realidades permiten concluir que la información, la prohibición de cláusulas abusivas y la obligación de seguridad a cargo de los productores y los distribuidores son las grandes prioridades del derecho del consumo.

Sin embargo, los objetivos anteriores no dejan de plantear cuestionamientos y polémica, especialmente en torno a la seguridad de las transacciones y la correlativa estabilidad económica. Por ello y para una mejor comprensión de esta nueva rama del derecho mercantil y privado, así como su adecuada relación con el resto de especialidades jurídicas, lo más aconsejable es comenzar por el análisis de sus principios rectores.

26 Constitución Política, artículo 78: “Vigilancia a producción, bienes y servicios”. “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.