

**LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO**

SYLVIA MARÍA SCHLESINGER CHARRY

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ, D.C.
2010**

**LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO**

SYLVIA MARÍA SCHLESINGER CHARRY

**Monografía de grado dirigida por el profesor:
Andrés Palacios Lleras**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ, D.C.
2010**

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946:

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
I. EL FENÓMENO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN	
1.1. Introducción	12
1.2. Aproximación al fenómeno de la contratación estándar	12
1.2.1. Definición, elementos y características de los contratos de adhesión	12
1.2.2. Las condiciones generales y los contratos de adhesión: dos aspectos de un mismo fenómeno	15
1.2.3. La voluntad en los contratos en masa: ¿son los contratos estándar verdaderos acuerdos jurídicos?	16
1.3. La empresa y la contratación en masa	17
1.3.1. Función e importancia de los contratos de adhesión para las empresas	17
1.3.2. Los mercados competitivos y monopolísticos, y la contratación estandarizada	20
1.4. El adherente y la contratación en masa	21
1.4.1. Adherente: consumidor, ciudadano o, simplemente, asimetría de poder contractual	21
1.4.2. Los acuerdos jurídicos en masa, la libertad para contratar y la igualdad entre las partes contratantes – la obligatoriedad y la justicia de la contratación estandarizada	22
1.4.3. Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas	26

1.4.4. Los adherentes: actores de racionalidad limitada en un mundo de contratos de adhesión.....	27
1.4.5. La interdependencia del adherente en los contratos estándar.....	29
1.5. El mercado y la contratación en masa.....	29
1.5.1. La definición de calidad del contrato.....	29
1.5.2. Los contratos de adhesión: un problema de eficiencia.....	30
1.5.3. Los contratos de adhesión: un problema de redistribución de derechos y obligaciones.....	31
1.6. El Estado frente a la contratación en masa.....	33
1.6.1. Escuela Neoclásica (Modelo de Falla del Mercado).....	33
1.6.2. Escuela de la Elección Pública y Escuela Austríaca (Críticas al Modelo de Falla del Mercado)	36
1.6.3. Una visión desde el derecho colombiano: Estado, Mercado y contratos de adhesión.....	40
1.7. Conclusión: los contratos de adhesión pueden emplearse, pero con la implementación de un control estatal.....	49

II. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

2.1. Introducción.....	51
2.2. La normatividad sobre contratos de adhesión en Colombia.....	51
2.2.1. La Constitución Política de 1991.....	51
2.2.2. El Código Civil y el Código de Comercio	52
2.2.3. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus adiciones y/o modificaciones	55
2.2.4. La 527 de 1999, sobre acceso y uso de mensajes de datos, comercio electrónico y firmas digitales, entre otros.....	56
2.2.5. El Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios.....	57

2.2.6. Los Principios de la Unidroit	59
2.2.7. Conclusión	60
2.3. La jurisprudencia sobre los contratos de adhesión en Colombia.....	61
2.3.1. La Corte Suprema de Justicia.....	61
2.3.2. La Corte Constitucional.....	64
2.3.3. Conclusión	64
2.4. Conclusión: el fenómeno de la contratación estándar es una práctica poco – o nada – explorada por el derecho privado colombiano	65

III. EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS GENERALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA, FRENTE AL TEMA DE LA CONTRATACIÓN EN MASA

3.1. Introducción.....	67
3.2. Los mecanismos normativos de protección al consumidor en Colombia.....	70
3.2.1. La Constitución Política de 1991	70
3.2.2. Las herramientas jurídicas de control económico	72
- La lesión enorme	
- La teoría de la imprevisión	
3.2.3. Las herramientas jurídicas de control subjetivo.....	73
- La institución de los vicios del consentimiento	
- Los criterios de interpretación de los acuerdos jurídicos	
- El principio de la buena fe	
- El abuso del derecho, el abuso en el ejercicio del derecho a la libre contratación, o el abuso de la posición dominante	
3.2.4. Las herramientas jurídicas de control objetivo	80
3.2.5. Las cláusulas abusivas y el derecho a la libre competencia.....	84

3.2.6. El derecho de los consumidores y la responsabilidad del productor o fabricante.....	86
3.3. Los mecanismos administrativos de protección al consumidor en Colombia.....	94
3.4. Los mecanismos judiciales de protección al consumidor en Colombia.....	95
- Procedencia de las cláusulas compromisorias	
- Procedencia de las cláusulas limitativas, exonerativas y extensivas de la responsabilidad	
- Procedencia de la acción de tutela ante las cláusulas abusivas	
3.5. Conclusión: los mecanismos de protección al consumidor en nuestro país, no son suficientes y/o adecuados para contrarrestar los posibles efectos nocivos de la contratación estandarizada.....	100
CONCLUSIÓN	105
BIBLIOGRAFÍA	108

INTRODUCCIÓN

“Consumers by definition, include us all (...) [they] are the largest economic group, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Yet they are the only important group (...) whose views are often not heard”¹.

El desarrollo de las grandes empresas y la masificación de los procesos de producción, distribución y consumo, tuvieron como consecuencia el surgimiento de la contratación en masa, a través de la figura denominada *contratos de adhesión*². Sin embargo, lo que para algunos parecía ser en un principio una herramienta eficiente para lograr las metas de los empresarios y reducir los costos de las transacciones en el mercado³, resultó siendo objeto de múltiples disputas. Al poco tiempo de su aparición, otras personas comenzaron a considerar que los empresarios implementaban este tipo de contratos, únicamente con el propósito de imponer contenidos abusivos al adherente y, así, acentuar su posición ventajosa en el mercado a costa de los mismos⁴. Por este motivo, muchos estudiosos del tema empezaron a cuestionarse acerca del papel que debía adoptar el derecho ante la práctica de la contratación estandarizada, enfocándose principalmente en tres cuestiones fundamentales: (i) si es adecuado mantener los postulados de la contratación clásica en el manejo de los contratos de adhesión, por ejemplo, en cuanto a la obligatoriedad de los acuerdos jurídicos; (ii) si los mecanismos tradicionales para la protección al consumidor son suficientes para salvaguardar a los adherentes de los posibles abusos que se pueden dar con los contratos estándar; y (iii) si el Estado debe o no debe intervenir, ya sea a través de un derecho de los consumidores fuerte o a través de la prohibición de ciertas cláusulas estandarizadas, cuando se trate de acuerdos jurídicos en masa, con el fin de restablecer el equilibrio jurídico y/o económico entre las partes.

¹ KENNEDY, John F. Discurso ante el Congreso de los Estados Unidos de América. Marzo 15 de 1962. En: <http://www.consumersinternational.org>

² En este trabajo, se utilizarán las expresiones de: *contratos en masa* y de *contratos estándar*, para referirse al fenómeno de los contratos de adhesión.

³ En este sentido, véase: Ronald H. COASE, “The Nature of the Firm”. En: *Economica*, Vol.4, N° 16. (Nov. 1937). Pág.: 391 a 394. En la página web: <http://links.jstor.org/sici?sici=00130427%28193711%292%3A4%3A16%3C386%3ATNOTF%3E2.0.CO%3B2-B>

⁴ En este sentido, véase: BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. “Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad”, Editorial José María Bosch, Barcelona (1999). Pág.: 36.

En este sentido, el objeto de este trabajo es estudiar el tratamiento que al fenómeno de la contratación estándar se le ha dado en el derecho colombiano y determinar si los mecanismos tradicionales de protección al consumidor en nuestro país, son suficientes para contrarrestar los posibles efectos nocivos de la contratación en masa, como por ejemplo, la inclusión de cláusulas abusivas. Para tal efecto, este texto se dividirá en dos partes:

- En la primera parte, se hará una presentación general del fenómeno de la contratación estandarizada, evidenciando sus ventajas y desventajas (o problemas), y se analizará la actitud que el Estado – en nuestro criterio – debe adoptar frente al mismo. Para esto, se emplearán herramientas propias del análisis económico del derecho y no se recurrirá a ningún ordenamiento jurídico específico.
- En la segunda parte, se estudiará el fenómeno de la contratación en masa en el derecho colombiano, a través de una exposición general de las normas y de la jurisprudencia que en nuestro país se refieren a los contratos de adhesión, y se hará una somera presentación crítica de los principales mecanismos generales de protección al consumidor en Colombia, con el objeto de establecer si estas normas son suficientes y/o convenientes para el tratamiento del tema de los contratos estándar, teniendo en cuenta las posibles desventajas y/o problemas que se pueden generar con su utilización.

Así, son varias las conclusiones a las que se pretende llegar con este trabajo:

- Por un lado, que si bien el fenómeno de la contratación estandarizada goza de una magnitud inimaginable en la actualidad – pues se ha extendido más allá de la actividad empresarial para evidenciarse incluso en profesiones liberales como la medicina - no sólo son muy pocas las normas que en nuestro país se refieren a este tema (siendo más los pronunciamientos jurisprudenciales con respecto a las cláusulas abusivas, ante el vacío normativo referente a los contratos de adhesión), sino que dichas normatividades tampoco tienen en cuenta el impacto social, económico y jurídico de la contratación en masa.
- Por otro lado, que la intervención del Estado colombiano es necesaria frente a los contratos de adhesión, ante la impotencia del mercado para corregir las ineficiencias que se generan con la utilización de los mismos. Como se

dijo anteriormente, a pesar de que los contratos en masa inicialmente se presentan como herramientas adecuadas para lograr las metas de los productores y disminuir los costos de transacción – lo cual en principio beneficiaría a ambas partes del acuerdo jurídico – lo cierto es que en la práctica la contratación estandarizada se presta para abusos por parte de los predisponentes, en detrimento de los adherentes.

- Y, finalmente, que los instrumentos clásicos de protección al consumidor en el derecho colombiano, no sólo son insuficientes sino que también son inadecuados para la protección de los adherentes, ante los posibles abusos que se pueden generar con los contratos estándar.

Todo esto adquiere especial relevancia, si se tiene en cuenta que la Constitución Política de Colombia de 1991: (i) establece que nuestro país es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y en la solidaridad de los individuos (Art. 1 C.P.); (ii) consagra como derecho fundamental la igualdad de todas las personas ante la ley, la cual deberá ser promovida y salvaguardada por el Estado (Art. 13 C.P.); y (iii) estipula que los consumidores y usuarios - como grupo colectivo - tendrán derecho a la buena calidad de los bienes y servicios, y a un adecuado aprovisionamiento de los mismos (Art. 78 C.N.), para lo cual Estado intervendrá – por mandato de la ley – en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, a fin de racionalizar la economía, con el objetivo de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes (Art. 334 C.N.).

I. EL FENÓMENO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN

Es una realidad indiscutible que en la actualidad los contratos de adhesión son una manifestación muy común en nuestra vida diaria, al punto de abarcar no sólo asuntos propios de las relaciones de consumo, sino también aspectos característicos de profesiones liberales, como la abogacía y la medicina. Paradójicamente, la contratación estandarizada también es uno de los fenómenos más debatidos en el ámbito del derecho, pues se presenta como un desafío jurídico y económico, tanto por su misma naturaleza como por las consecuencias que se generan con su utilización.

A continuación – y a pesar de las controversias que el tema ha suscitado entre los estudiosos del derecho - en este capítulo se estudiará el fenómeno de los contratos de adhesión, con un especial énfasis en las ventajas y desventajas (o problemas) de su uso, y se analizará la actitud que el Estado – sobre todo el colombiano – debe adoptar ante el mismo, empleando para ello herramientas propias del análisis económico del derecho.

1.2. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CONTRATACIÓN ESTÁNDAR

1.2.1. Definición, elementos y características de los contratos de adhesión.

La manifestación más popular de la contratación en masa, es lo que comúnmente se conoce como *contrato de adhesión*¹, concepto del que si bien no hay una definición legal ni en nuestro país ni en el extranjero, es el más utilizado tanto por

¹ Si bien los conceptos de *contrato de adhesión* y de *contrato a condiciones generales*, suelen utilizarse de manera equivalente por algún sector de la doctrina, la categoría de *contratos de adhesión* fue utilizada por primera vez por el jurista francés Raymond SALEILLES, en su obra titulada “La déclaration de volonté” (1902), en tanto que la categoría de *condiciones generales de contratación*, es propia de la doctrina alemana. Para profundizar sobre el tema, véase: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “Del abuso del derecho, al abuso de la posición dominante”, 2da Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. (2004). Pág.: 193.

la doctrina como por la jurisprudencia nacional e internacional, para referirse al fenómeno de la contratación estandarizada².

En pocas palabras, podría decirse que esta modalidad de contratación es un “acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar”³.

La doctrina moderna ha evidenciado dos elementos esenciales en los contratos de adhesión. El primero, es “la predeterminación del contenido del contrato por una de las partes, mediante el recurso a condiciones generales que se emplean para celebrar un número indeterminado de negocios o [de] formularios inmodificables”⁴.

² Hay varios autores colombianos que utilizan la noción de *contratos de adhesión* para referirse al fenómeno de la contratación estandarizada, como por ejemplo: los profesores Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, en su obra titulada “Teoría general del contrato y del negocio jurídico” (2005), Págs.: 68 y 69; Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, en su artículo denominado “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano” (1995), Págs.: 181 a 184; y Jorge SUESCÚN MELO, en su libro “Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneos” (1996), Pág. 249. Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia recurre a dichos conceptos en varios de sus fallos, dentro de los cuales vale la pena destacar la sentencia del 12 de diciembre de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel), la sentencia del 28 de mayo de 1963 (M.P. José Hernández Arbeláez), la sentencia del 15 de diciembre de 1970 (M.P. Guillermo Ospina Fernández), entre muchas otras.

³ LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”. En: *Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas* N° 105, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C. (Jun. 2003). Pág.: 237. Por otro lado, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 12 de diciembre de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel), identificó las características de los contratos estandarizados casi al punto de formular una definición. Así, de acuerdo con la Corte, las características de los contratos por adhesión son las siguientes: (i) “(...) la oferta – dirigida a personas indeterminadas – tiene un carácter general y permanente, y se presenta frecuentemente impresa, en forma de contrato – tipo, para que sea aceptada o rechazada en bloque”; (ii) “(...) la oferta emana generalmente de una persona natural o jurídica que goza de un monopolio de hecho o de derecho o al menos de un gran poder económico, ya en razón de sus propias fuerzas ya por su unión con otras empresas análogas”; (iii) “(...) constan de numerosas cláusulas, de difícil lectura, cuidadosamente redactadas en interés de quien hace la oferta y cuya trascendencia no puede ser en la mayor parte de los casos debidamente apreciada por el adherente”; (iv) “(...) a diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, se pesan y se miden libremente por ambas partes (...) en los contratos [de adhesión] se excluye toda discusión entre las partes, con evidente menoscabo del principio de la autonomía de la voluntad pues una de ellas elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a someterse a las condiciones de éste si necesita el servicio que el co – contratante está en capacidad de procurar”.

⁴ CÉPEDA ESPINOSA, Manuel José. “Los contratos por adhesión: problemas y soluciones”. En: *Revista de Derecho Civil* N°3, Bogotá D.C. (1985). Pág. 7 – 63. En: SALAZAR, Diego F. “Asimetría

Y, el segundo, es “la presentación de ese contenido al que se quiere contratar, con la opción única de aceptarlo o rechazarlo”⁵. Por lo tanto, se desprenden tres características básicas en los mencionados contratos: (i) su carácter contractual⁶; (ii) el contenido predispuesto de sus cláusulas; y (iii) la imposición que hace una parte a la otra de los términos contractuales.

La discusión acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión surge desde la misma introducción de este concepto al mundo jurídico. Autores como León DUGUIT⁷ – por ejemplo – afirman que los contratos estándar no son acuerdos jurídicos según la noción clásica, sino que constituyen una única declaración de voluntad. Empero, actualmente existe un respaldo suficiente en el derecho nacional y en el derecho extranjero, que permite concluir que dichos contratos gozan de una naturaleza jurídica contractual, puesto que se afirma que el acto de adhesión es una manifestación limitada de la voluntad del adherente, según la cual busca obligarse⁸.

Otra característica de los contratos de adhesión, es el contenido predispuesto de sus cláusulas. Los contratos estándar tienen una predisposición de su contenido, por cuanto el clausulado ha sido previa y unilateralmente redactado por una de las partes⁹, con la orientación de un grupo de abogados especializados (o firmas de abogados), para ser utilizado en una pluralidad de negocios. Sin embargo, no es necesario que los términos contractuales sean redactados por el mismo

de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. En: Revista de Derecho Privado N° 37, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá D.C. (Dic. 2006). Pág.: 10.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Para algunos doctrinantes – como para el doctor Andrés Palacios Lleras – el carácter *contractual* de los acuerdos jurídicos estándar, más que una *característica* es una *asimilación*, en un intento por enmarcarlos dentro de alguna institución jurídica existente. PALACIOS LLERAS, Andrés. “La Voluntad en los Contratos de Adhesión: Sociología y Crítica Jurídica, con énfasis en el Análisis Económico del Derecho”. En la página web: http://works.bepress.com/andres_palacios_lleras/1

⁷ DUGUIT, León. “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón” (1912). En: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Contratos de Adhesión”. En: Contratos mercantiles (Tercera edición, Vol. II), Biblioteca Jurídica Dike, Medellín (1998). Pág.: 58 – 61.

⁸ Así – por ejemplo – en el derecho privado colombiano se encuentran referencias legales expresas a la contratación por adhesión, tanto en el Código de Comercio (Art. 981, antes de ser subrogado por el Art. 1° del D.E 01/90), como en el Estatuto Especial Orgánico del Sistema Financiero (Art. 151), que implican la naturaleza contractual de la misma. Adicionalmente, las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 15 de diciembre de 1970 (M.P. Guillermo Ospina Fernández) y, con similar alcance, del 27 de octubre de 1997 (M.P. Rafael Romero Sierra), afirman también el carácter contractual de estos contratos.

⁹ Al contratante que individualmente elabora o formula las cláusulas del contrato de adhesión, suele denominársele “predisponente” o el “*operatori dominante*”. Véase: LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. Op. Cit. Pág.: 233. Y, SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 11.

empresario que directamente los utiliza, pues también habrá contratos de adhesión en aquellos eventos en los que cierta empresa utiliza las cláusulas contractuales redactadas por otra firma, con el objeto de aplicarlas a una serie de contratos.

Por otro lado, se dice que en los contratos de adhesión hay una imposición de los términos contractuales de una parte a la otra. Esta característica se refiere a que las cláusulas en el contrato estándar no son el resultado de una negociación previa por parte de las partes, sino el resultado de la iniciativa exclusiva de uno sólo de los contratantes, sobre la base de un *tómelo* o *déjelo*, de tal forma que el cliente únicamente tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar en lo absoluto.

1.2.2. Las condiciones generales y los contratos de adhesión: dos aspectos de un mismo fenómeno.

Las condiciones generales y los contratos de adhesión no son lo mismo, si bien hacen parte de un mismo fenómeno. Por un lado, por *condiciones generales* debe entenderse las cláusulas predispuestas por una de las partes de un contrato – independientemente de la autoría material de las mismas – con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de negocios jurídicos, en una modalidad de *tómelo* o *déjelo*¹⁰. No obstante, es importante aclarar que las condiciones generales pueden coexistir con condiciones particulares en un negocio jurídico, sin que por esto las primeras pierdan su naturaleza o el contrato deje de ser estándar.

Por otro lado, como se dijo anteriormente, el *contrato de adhesión* es “un acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar”¹¹.

Entonces, mientras que las *condiciones generales* no tienen una naturaleza contractual, pues tienen protagonismo en un momento anterior a la celebración del

¹⁰ Si bien en nuestro país no hay una consagración legal o una definición doctrinaria del concepto de *condiciones generales*, el Código Civil peruano de 1983 – por ejemplo - si define esta noción de la siguiente manera: “[las condiciones generales] son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos” (Art. 1393).

¹¹ LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. Op. Cit. Pág.: 237.

contrato (representan la oferta), el *contrato de adhesión* nace tras la aceptación de las condiciones generales (más las particulares, si las hubiera), de tal forma que una y otra figura son sólo dos aspectos de un mismo fenómeno: la contratación en masa¹². Por esta razón, algunos doctrinantes se han atrevido a afirmar que la mejor manera de entender la dinámica entre estos dos conceptos, es fundiéndolos en una sola fórmula: *los contratos de adhesión a condiciones generales*¹³.

1.2.3. La voluntad en los contratos en masa: ¿son los contratos estándar verdaderos acuerdos jurídicos?

Este es un tema bastante debatido, como se mencionó en el apartado anterior. Por un lado, autores como Louis JOSSERAND¹⁴ y Jorge PINZÓN SÁNCHEZ¹⁵ han llegado a sostener el carácter *contractual* pero también *reglamentario* de los contratos de adhesión, tesis para nada descabellada, si se tienen en cuenta – y en conjunto - primero, el concepto de la autonomía de la voluntad contractual, definida como “(...) la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”¹⁶; y, segundo, las dos particularidades de los contratos en masa antes mencionadas (el carácter predispuesto de sus cláusulas y la imposición que de estas hace el oferente).

Por otro lado, autores como Andrés PALACIOS LLERAS¹⁷ - por ejemplo - van un poco más allá y critican la inclusión misma de los contratos de adhesión dentro de la categoría de “acuerdos jurídicos”. En criterio de estos doctrinantes, una mirada preliminar a los contratos en masa permite evidenciar de manera clara que el adherente carece de oportunidad para ejercer su voluntad de manera autónoma en la contratación estandarizada, viéndose casi siempre forzado a contratar en los términos del predisponente, si desea obtener el bien o servicio ofrecido y querido. Por lo tanto, dicha inserción de los contratos en masa en la categoría de “acuerdos jurídicos”, se debe primordialmente – en su opinión - a una imposibilidad (o falta de voluntad) del legislador y de los jueces para enfrentarse a un fenómeno de vieja data, pero todavía totalmente inexplorado, como la contratación estandarizada. La sentencia del 12 de diciembre de 1936 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Eduardo Zuleta Sánchez), antes citada, se pronuncia en este sentido, al establecer el carácter *reglamentario* y no

¹² En este sentido, véase: LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. Op. Cit. Pág.: 237.

¹³ *Ibídem*.

¹⁴ PALACIOS LLERAS, Andrés. Op. Cit.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op.cit. (2000). Pág. 6

¹⁷ PALACIOS LLERAS, Andrés. Op. Cit.

contractual de estos acuerdos jurídicos, al referirse a las características de los contratos en masa, así:

“(…) a diferencia de lo que sucede en los contratos comunes y corrientes, en que las cláusulas y condiciones se discuten, se pesan y se miden libremente por ambas partes (…) en los contratos [de adhesión] se excluye toda discusión entre las partes, con evidente menoscabo del principio de la autonomía de la voluntad pues una de ellas elabora, para formular la oferta, un reglamento o estatuto y la otra se limita a someterse a las condiciones de éste si necesita el servicio que el co – contratante está en capacidad de procurar”.

Sin embargo – como se vio con anterioridad - en los derechos nacional y extranjero vigentes, existe un respaldo jurídico que permite concluir que los contratos estándar gozan de una naturaleza jurídica *contractual*, puesto que se afirma que el acto de adhesión es una manifestación – aunque limitada - de la voluntad del adherente, según la cual busca obligarse¹⁸, ignorando así la realidad social y económica en la que dichos contratos se generan.

1.3. LA EMPRESA Y LA CONTRATACIÓN EN MASA

1.3.1 Función e importancia de los contratos de adhesión, para las empresas.

Para las empresas, reducir los costos de transacción - entendidos como todos los costes derivados de utilizar los mecanismos de mercado¹⁹ – es un objetivo

¹⁸ Así – por ejemplo – en el derecho privado colombiano se encuentran referencias legales expresas a la contratación por adhesión, tanto en el Código de Comercio (Art. 981, antes de ser subrogado por el Art. 1° del D.E 01/90), como en el Estatuto Especial Orgánico del Sistema Financiero (Art. 151), que implican la naturaleza contractual de la misma. Adicionalmente, las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 15 de diciembre de 1970 (M.P. Guillermo Ospina Fernández) y, con similar alcance, del 27 de octubre de 1997 (M.P. Rafael Romero Sierra), afirman también el carácter contractual de estos contratos.

¹⁹ La noción de *costos de transacción* fue inicialmente introducida por Ronald COASE en su artículo “La naturaleza de la firma” (1937), quien sostenía que para llevar a cabo una transacción de mercado se hace necesario descubrir con quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc., lo cual se traduce todo en costos de transacción. COASE, Ronald. “The nature of the firm”. En: *Economica*, Vol.4, N° 16. (Nov. 1937). Pág.: 390 – 391. En la página web:

fundamental. De hecho, la existencia (y estructura) misma de las firmas – tal y como las conocemos en la actualidad – encuentra su justificación en la meta de reducción de los costos de transacción por parte de los empresarios. Y uno de los mecanismos con los que cuentan las empresas para lograr esta meta, entre otros, son los contratos de adhesión: la utilización de dichos contratos por parte de las firmas, es necesaria para asegurar la maximización de sus beneficios.

A continuación, se expondrán algunas de las razones por las cuales se considera que la contratación estandarizada disminuye los costos de las transacciones en el mercado.

Por un lado, las formas estandarizadas producen una reducción de los costos derivados de la celebración de los contratos realizados por la empresa, pues su utilización permite simplificar y acelerar radicalmente la celebración de los negocios. Los contratos de adhesión vuelven más eficiente la etapa previa a la celebración del acuerdo jurídico, al eliminar la negociación de cada uno de los contratos gracias a sus cláusulas predispuestas, de tal forma que se convierte en un procedimiento casi mecánico.

Por otro lado, las formas estandarizadas producen una reducción de los costos de agencia, ayudan al control de las actuaciones de los empleados y permiten una solidificación de la estructura interna de la firma. En pocas palabras, Todd RAKOFF²⁰ y Diego F. SALAZAR²¹ lo expresan de la siguiente manera:

- Con la utilización de los contratos de adhesión se produce una mejor utilización de los recursos humanos con los que cuenta la empresa: “los empleados que concluyen contratos con el público no deben ser entrenados para negociar los términos de las transacciones, ya que en nada pueden variar el contenido previamente establecido (...)”²², de las cláusulas contractuales diseñadas por un departamento jurídico especializado. En

<http://links.jstor.org/sici?sici=0013-0427%28193711%292%3A4%3A16%3C386%3ATNOTF%3E2.0.CO%3B2-B>

²⁰ RAKOFF, Todd D. “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”. Publicado originalmente en: *Harvard Law Review*, 1174 (Abr. 1983). Traducción autorizada por el autor, realizada por Andrés Palacios Lleras, en la Revista de Derecho Privado N° 37 (Vol de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá D.C. (Dic. 2006), bajo el título de: “Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica”. Pág.: 57 – 168.

²¹ SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 3 – 56.

²² *Ibidem*. Pág.: 13.

términos de Todd RAKOFF, con los contratos de adhesión se produce un “uso eficiente de los recursos administrativos y legales (...)”²³.

- Además, los contratos en masa, sirven como mecanismos de revisión automática de las consecuencias que pueda traer un *vendedor aventurero* - las formas estandarizadas en las que se señalan las condiciones del acuerdo, reducen el control interno y disciplinario de la empresa sobre sus empleados.
- Igualmente, las formas estandarizadas ayudan a solidificar la estructura interna de la organización (firma) que las emplea: “a medida que los subordinados cuentan con una mayor discreción para realizar sus tareas, existe mayor probabilidad de que se alejen de los objetivos que les fueron encomendados y empiecen a considerar la búsqueda del propio beneficio al momento de desarrollar su labor”²⁴. Empero, con el uso de los contratos de adhesión los agentes sólo podrán realizar transacciones en los específicos términos estipulados en las condiciones generales, limitando la posibilidad nociva de la disociación de los objetivos de los empleados de la empresa y la firma.
- Adicionalmente, los contratos de adhesión “facilitan la coordinación entre departamentos: el procesamiento de las transacciones se vuelve un asunto rutinario”²⁵.

Finalmente, las formas estandarizadas minimizan la incertidumbre y la responsabilidad que surgen de estos acuerdos, y otorgan cierto poder sobre las disputas restantes que puedan generarse como consecuencia de la celebración de los mismos. Los contratos de adhesión facilitan el cálculo anticipado de los costos y, de esta forma, limitan la incertidumbre y el riesgo de las transacciones que se negocian en el mercado. Empero – de acuerdo con Diego F. SALAZAR - “la identificación de todas las contingencias que se pueden presentar es una labor sumamente compleja y costosa, por lo que se puede afirmar que los contratos son invariablemente incompletos (...) esto significa que mediante un contrato no es posible regular todas las contingencias que se pueden presentar en una transacción”²⁶.

²³ RAKOFF, Todd D. Op. Cit. Pág.: 89 - 91.

²⁴ SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 13.

²⁵ RAKOFF, Todd D. Op. Cit. Pág.: 89 - 91.

²⁶ SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 14.

1.3.2. Los mercados competitivos y monopolísticos, y la contratación estandarizada.

“Si bien tanto la jurisprudencia como la doctrina han relacionado estrechamente el uso de contratos de adhesión y el ejercicio de un poder de monopolio, esta apreciación es errónea por cuanto firmas pequeñas en mercados competitivos también emplean dicha modalidad contractual”²⁷.

Así, de acuerdo con Todd RAKOFF, es importante hacer énfasis en que el uso de los contratos en masa no está necesariamente vinculado a la existencia de monopolios y apoya su afirmación, en dos argumentos: (i) “aún en mercados competitivos, las firmas se negarán a renegociar sus términos estandarizados en situaciones en las que dos individuos distintos [quieran] discutir elementos idénticos”²⁸; y (ii) “el hecho de que cualquier firma desee hacer negocios solamente en los términos que plantea su documento, no excluye la posibilidad de que otras firmas propongan términos contractuales en paquetes de formas estandarizadas diferentes”²⁹.

En esta misma línea argumentativa, Rusell KOROBKIN sostiene lo siguiente: “aún si un gran vendedor disfruta de un gran poder de negociación con sus clientes, como en el caso de los monopolios, no hay razón para pensar que este hecho aislado increment[e] la posibilidad de que el contrato incluya términos ineficientes (...) es más probable que el vendedor use su ventaja para cobrar precios más altos por términos eficientes y, por lo tanto, capture un gran porcentaje del excedente de cooperación del que crea la transacción”³⁰.

Por lo tanto, los contratos de adhesión son un fenómeno que se puede presentar tanto en mercados competitivos como en mercados monopolísticos, es decir, que no es exclusivo ni del uno ni del otro.

²⁷ RAKOFF, Todd D. Op. Cit. Pág.: 60 - 62.

²⁸ Ibídem. Pág.: 89 - 91.

²⁹ Ibídem. Pág.: 89 - 91.

³⁰ KOROBKIN F., Rusell. “*Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability*”. Publicado originalmente en: *University of Chicago Law Review Fall*, 2003. 70 U. Chi. L. Rev. 1203. Traducción autorizada por el autor, realizada por Andrés Palacios Lleras, en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes Número 37, Bogotá D.C. (Dic. 2006). Pág.: 47 y 48.

1.4. EL ADHERENTE Y LA CONTRATACIÓN EN MASA

1.4.1. Adherente: consumidor, ciudadano o, simplemente, asimetría de poder contractual.

En el derecho europeo los abusos que se pueden presentar en los contratos de adhesión, en general, sólo se predicen respecto de los adherentes en los contratos de consumo³¹.

Empero – como lo señala Ernesto RENGIFO³² – los términos contractuales abusivos en la contratación estandarizada pueden darse en acuerdos jurídicos no necesariamente referidos al consumo. Esta teoría es acogida por el Código Civil peruano de 1984, que contiene un régimen de protección ante todo tráfico jurídico estandarizado, prescindiendo de la clasificación de consumidor y proveedor para su aplicación, siempre y cuando el contrato se haya celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Hoy por hoy, la contratación masiva – fenómeno generado por la globalización de las relaciones económicas – “se ha extendido más allá de la actividad empresarial propiamente dicha, en forma tal que hasta la prestación de los servicios propios de la medicina - profesión liberal o intelectual por excelencia y, como tal, objeto de una valoración social distinta de la propia actividad empresarial – se canaliza y, en general, se estandariza e incluso se deshumaniza, a través de organizaciones que utilizan condiciones generales para la contratación”³³.

Entonces, en este contexto podría pensarse que *adherente* no sólo es el consumidor, sino también todos los ciudadanos que decidan adherirse a un contrato a condiciones generales, es decir, a un contrato en el que se evidencie la asimetría de poder contractual entre las partes.

“Este nuevo paradigma contractual parte de la base de que existe asimetría de poder contractual no sólo en aquellas relaciones jurídicas entre consumidores y profesionales, sino también en relaciones entre agentes y proponentes, bancos y clientes, intermediarios financieros e inversionistas, arrendadores y arrendatarios,

³¹ Ver por ejemplo, la Directiva Europea 93/13 de 1993, que protege sólo a los consumidores o a los profesionales que actúen fuera de su ámbito común de actividad.

³² RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 215 – 218.

³³ PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Págs.: 171 – 175.

es decir, en relaciones en donde una parte goza de un poder contractual frente a la otra (...)”³⁴.

Sin embargo, en muchos países la protección que se le brinda al adherente, se le sigue otorgando bajo la consigna de *consumidor*.

1.4.2. Los acuerdos jurídicos en masa, la libertad para contratar y la igualdad entre las partes contratantes – la obligatoriedad de la contratación estandarizada.

En el apartado anterior, se mostró que para las empresas es atrayente el uso de los contratos de adhesión, pues la contratación estandarizada produce una reducción de los costos derivados de la celebración de los acuerdos jurídicos, al eliminar la negociación de cada uno de los contratos gracias a sus cláusulas predispuestas. Sin embargo - para algunas personas - esta *ventaja* que se logra con el uso de los contratos estándar se contrapone a los principios de libertad contractual y de igualdad entre los contratantes, esenciales en el concepto clásico de acuerdo jurídico.

Conforme a la noción clásica de *contrato* – que se desarrolló gracias a la corriente filosófica del individualismo, que surgió durante los siglos XVII y XVIII en Europa – el contrato es un acuerdo de voluntades encaminado directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos, que es obligatorio entre las partes que lo contraen, y que se fundamenta en los principios de libertad para contratar y de igualdad entre las partes.

Este concepto fue retomado por el Código de Napoleón de 1804, normatividad que a su vez influenció el Código Civil colombiano actual, como lo evidencian varias de las normas de este último, dentro de las cuales vale la pena destacar la siguiente, referente a las fuentes de las obligaciones:

Artículo 1494. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o

³⁴ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 216 – 217.

daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Para algunas personas³⁵ - como se mencionó antes - los contratos estándar desafían la noción clásica de acuerdo jurídico, por cuanto consideran que limitan la autonomía de la voluntad del adherente y se generan en un contexto de desigualdad entre las partes del contrato.

Por un lado, de acuerdo con Diego F. SALAZAR, “la libertad contractual comprende dos aspectos: en primer lugar, la libertad de contratar que se refiere a la capacidad de poder decidir si se contrata y con quién se contrata; y, en segundo lugar, la libertad de configuración interna del contrato que comprende la posibilidad de que las partes participen conjuntamente en la elaboración del mismo”³⁶. Así, al no haber proceso de negociación entre las partes, se elimina la posibilidad para que el adherente discuta la configuración interna del contrato, con lo cual se le limita su autonomía privada.

Por otro lado, es evidente la desigualdad de las partes en los contratos de adhesión, por el hecho de imponerse el contenido más no el contrato en sí mismo, y por el hecho de que las empresas detentan el producto del que el consumidor tiene una necesidad.

Surgen entonces, dos preguntas fundamentales: (i) ¿los contratos de adhesión son vinculantes a pesar de no existir un proceso de negociación previa entre los contratantes?; y (ii) ¿son necesariamente injustos los contratos estándar, al no existir dicho proceso de negociación previa?

La primera cuestión, es si los contratos en masa son vinculantes a pesar de no ser negociados. El derecho de los contratos clásico, consagra como regla general la obligatoriedad de los términos contractuales³⁷, claro está, con ciertas excepciones³⁸. En la actualidad, dicha regla general también se le aplica a los

³⁵ Ver, por ejemplo: SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 15.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Un ejemplo de esto, es el artículo 1602 del actual Código Civil colombiano que estipula lo siguiente: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

³⁸ Una excepción es, por ejemplo, la *teoría de la imprevisión*, la cual es expuesta por el artículo 868 del actual Código de Comercio colombiano, según el cual: “cuando circunstancias, extraordinarias,

contratos de adhesión, en los que las cláusulas impuestas por los oferentes constituyen verdaderas normas jurídicas³⁹. Por lo tanto, si la parte adherente indica su consentimiento sobre la forma contractual estandarizada, en principio los jueces ordenarán la ejecución de las cláusulas del contrato, independientemente de si el consumidor está de acuerdo con las mismas, las entendió, las leyó, etc., excepto si los jueces consideran que los términos contractuales son imprevisibles⁴⁰.

Esta regla general sobre la obligatoriedad de los contratos de adhesión conforme a la doctrina tradicional, decepciona a muchos académicos, quienes recomiendan que las normas jurídicas al respecto sean modificadas, por cuanto opinan que en que esta modalidad de contratación existe una injusta capacidad de las partes oferentes para *imponerle* a las partes no adherentes los términos contractuales. Así, de acuerdo con Todd RAKOFF la obligatoriedad de las cláusulas de contratación estandarizada debería ser la excepción y no, por el contrario, la regla general⁴¹. Teniendo en cuenta estas críticas, la doctrina y la jurisprudencia

imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”. Sin embargo, de la lectura de la norma se desprende que para que haya imprevisión se necesita de las siguientes exigencias: (i) se debe tratar de un contrato conmutativo – por lo tanto, la imprevisión no se da en contratos aleatorios; (ii) se debe tratar de un contrato de ejecución sucesiva o diferida – es decir que la imprevisión no se da en contratos de ejecución inmediata; y (iii) la prestación debe estar pendiente de cumplimiento.

³⁹ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 15 de diciembre de 1970 (M.P. Guillermo Ospina Fernández), que estipula que en el contrato de adhesión actúa el principio de la autonomía privada y por esta razón, en teoría, todas sus cláusulas obligan al adherente. Respecto a la obligatoriedad de los contratos de adhesión hay dos teorías. La primera, la tesis denominada *normativista*, estipula que las cláusulas contractuales estandarizadas son vinculantes para las partes, pues el ordenamiento jurídico ha dotado a los empresarios o profesionales de un poder normativo (*lawmaking power*) con eficacia suficiente para obligar a sus clientes o adherentes. La segunda, la tesis llamada *contractualista*, dice que las condiciones generales de contratación son obligatorias para las partes, no porque el legislador le haya otorgado un poder normativo al empresario, sino por cuanto hacen parte del contenido de un contrato. No obstante, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos – incluyendo el colombiano – parece primar la tesis *contractualista* de los acuerdos jurídicos en masa.

⁴⁰ De acuerdo con Rusell KOROBKIN, en su artículo “*Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability*” (2003), “la doctrina de la imprevisibilidad – fundamentada en el principio de la equidad - les permite a los jueces negar la ejecución de cualquier contrato o cláusula que determinen como *imprevisible* en el momento [en] que fue aceptada, debido a vicios de procedimiento en la negociación del acuerdo jurídico (imprevisibilidad procesal) o como consecuencia de la existencia de un término contractual que favorezca *injustamente* a una de las partes en el contrato (imprevisibilidad sustancial)”. KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit. Pág.: 44.

⁴¹ Ver: RAKOFF, Todd D. Op. Cit. Pág.: 57 – 168.

modernas se mantienen unidas a la premisa tradicional de que un documento firmado es, en principio, un contrato obligatorio y, por lo tanto, debe probarse una causal que justifique el incumplimiento para que un término en particular no resulte obligatorio para las partes; sin embargo, - a diferencia del pensamiento tradicional – abogan por una expansión de las doctrinas que justifican el incumplimiento por parte del adherente⁴².

La segunda cuestión a examinar, es si los contratos de adhesión, son necesariamente injustos (o, mejor, inequitativos) al no existir en éstos un proceso de negociación previa. De acuerdo con Diego F. SALAZAR⁴³, los contratos negociados previamente por ambas partes se consideran por regla general como justos, pues se supone que los contratantes negociaron para que el acuerdo celebrado se acomodara, de la mejor forma posible, a sus intereses individuales. Empero, para este autor no se puede llegar a la conclusión general de que los contratos estandarizados son necesariamente injustos, al no involucrar un proceso de negociación previa, pues la justicia contractual – entendida en términos económicos – implica que “un contrato es justo cuando lo que recibe cada una de las partes en virtud del intercambio, maximiza su función de utilidad o su función de beneficio según el caso⁴⁴”. Entonces, “aunque la existencia de negociación garantiza que los acuerdos alcanzados por las partes sean justos, la ausencia de negociación no es una condición suficiente para que el acuerdo alcanzado sea injusto [*per se*]⁴⁵”, entendiendo por justicia contractual la definición antes descrita en este trabajo (sección 1.2).

⁴² Para Todd Rakoff, esto no es suficiente pues si bien las doctrinas judiciales actuales permiten resultados diferentes, todavía promulgan la obligatoriedad de las cláusulas contractuales adhesivas, en vez de preguntarse por qué los términos del contrato de adhesión deberían ser obligatorios. De acuerdo con este autor, en su ensayo “*Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*” (1983), la obligatoriedad de los contratos de adhesión no encuentran prácticamente ninguna justificación económica o bajo un argumento de libertad individual moderna o de libertad cívica, excepto bajo dos circunstancias: (i) si el uso de tal presunción favorece al adherente en problemas; o (ii) si se logra demostrar que la obligatoriedad de los términos contractuales estandarizados puede llegar a contribuir significativamente al mantenimiento de la libertad cívica, siempre y cuando se logre probar que la mencionada obligatoriedad es indispensable para el funcionamiento de la firma como poder social independiente del control estatal. Op. Cit. Pág.: 95 a 105.

⁴³ SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 16.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*. Pág.: 17.

1.4.3. Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas.

Se podría pensar que los contratos de adhesión, por producir una reducción de los costos de las transacciones en el mercado, resultan beneficiosos también para los compradores, pues les permitirían adquirir bienes y servicios o unos precios menores, de los que los conseguirían si los términos contractuales de cada acuerdo jurídico fuera individualmente negociados.

No obstante, de acuerdo con Todd RAKOFF, en términos generales no es evidente que los contratos de adhesión den lugar a cuestiones jurídicas relacionadas con la distribución de riqueza entre vendedores y compradores, ni que la ganancia que se genera sea algo más que modesta. Conforme a este doctrinante, “de manera más significativa, aún si asumimos que el uso de formas con términos estandarizados facilita la operación eficiente de la organización, y aún si asumimos que tal ganancia termina beneficiando al consumidor a través de precios más bajos, todavía no es claro que ha habido una ganancia social neta”⁴⁶, pues - según este autor - los riesgos y responsabilidades que puede llegar a manejar el adherente de un contrato de estándar, tienen sus propios costos.

La parte que redacta el contrato de adhesión, goza generalmente de un poderío económico y de una asesoría jurídica, que podrían permitirle favorecer sus intereses en el acuerdo jurídico en detrimento de los intereses del adherente, al pasarle a este último – con la celebración del contrato en masa - riesgos y responsabilidades que por su existencia y tamaño originalmente estaban radicados en cabeza del oferente⁴⁷. Esta situación se ve empeorada, si se tiene en cuenta: primero, que muchos de los términos en los contratos de adhesión – sobre todo aquellos muy onerosos para el adherente – aparecen en letras minúsculas y son redactados de manera muy enredada y, a veces, hasta ininteligible, para los mismos expertos en derecho⁴⁸; y, segundo, que muchos términos en los contratos estándar son redactados de manera técnica por el proponente, quien conoce muy bien su profesión u oficio, presentándose como una desventaja para el adherente, quién generalmente tan sólo es un hombre medio⁴⁹.

⁴⁶ RAKOFF, Todd D. Op. Cit. Pág.: 95 – 98.

⁴⁷ De acuerdo con José Antonio BALLESTEROS GARRIDO, “(...) [l]as empresas utilizan las condiciones generales de los contratos con otro fin (...) mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazando riesgos y obligaciones hacia sus clientes o arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherentes (...)”. En: BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Op. Cit. Pág.: 36.

⁴⁸ Ver: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 71 – 75.

⁴⁹ *Ibidem*.

Entonces, si bien los contratos de adhesión no son necesariamente injustos, por no existir en éstos un proceso de negociación previo y por el hecho de estar compuestos por cláusulas contractuales predispuestas por una de las partes, si pueden prestarse para abusos al favorecer al predisponerte en detrimento del adherente con la inclusión de ciertas cláusulas contractuales en los acuerdos jurídicos estándar. Por esta razón, se vuelven imperativos el tema de la obligatoriedad⁵⁰ de los contratos masivos y los mecanismos de protección del adherente en la contratación estandarizada.

1.4.4. Los adherentes: actores de racionalidad limitada en un mundo de contratos de adhesión.

Según la teoría económica, los contratos entre compradores y vendedores que se celebren en un mercado que funcione con información completa, tendrán sólo términos eficientes, entendidos como “aquellos en los que la diferencia entre los beneficios y los costos es mayor, independientemente de cómo se distribuyan entre compradores y vendedores”⁵¹. Esto aplica tanto para mercados de competencia perfecta (varios oferentes) como para mercados monopolísticos (uno o pocos productores), excluyendo del último la característica *precio* en la relación costos y beneficios.

Así mismo, el análisis económico sugiere que sustituir un término eficiente por uno ineficiente en un contrato no sólo afectaría a las sociedad en general, sino también a las partes – vendedores y compradores.

Ambas proposiciones implican entonces que, ante la ausencia de externalidades significativas creadas por terceros, los jueces nunca deberían negarse a ejecutar los términos contractuales eficientes, aún si los mismos vienen en formas pre - impresas y son ofrecidos a manera de adhesión, pues se supone que los consumidores leyeron y entendieron las cláusulas del acuerdo jurídico, y las valoraron de acuerdo con sus intereses y preferencias. Entonces, todo esto es posible, pues se parte de la base que los consumidores son agentes racionales que toman sus decisiones plenamente informados y valorando todos los términos contractuales por igual.

⁵⁰ Por ejemplo, muchos doctrinantes y juristas indagan si las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad del empresario frente al adherente – de frecuente utilización en los contratos de adhesión a condiciones generales – son válidos y deben ser, por lo tanto, obligatorios. Ver como introducción al tema, por ejemplo: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 295 – 300.

⁵¹ KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit. Pág.: 7 – 10.

Sin embargo, en la realidad esto no es así, como lo demuestran Rusell KOROBKIN⁵², Yuk-Shee CHAN y Leland HAYNE⁵³, en sus trabajos a propósito de las limitaciones cognitivas que tienen los adherentes respecto del contenido del contrato. De acuerdo con estos autores, la escogencia racional de los consumidores encuentra dos problemas esenciales. Primero, que aún asumiendo que la información es costosa, no basta con que el comprador adquiera dicha información, pues también es necesario que la entienda y la incorpore al proceso de toma de decisiones⁵⁴. Y, segundo, que no todos los compradores valoran (o, mejor, aprecian) de igual manera los distintos términos contractuales. Entonces, si se parte de la premisa que los consumidores son agentes de racionalidad limitada, es evidente que la presión del mercado no forzará a los vendedores a proveer términos contractuales eficientes y de alta calidad, con lo cual se producirá una falla de mercado.

Por este motivo – de acuerdo con los doctrinantes antes mencionados - se vuelve relevante la distinción entre los términos contractuales *visibles* y los términos contractuales *invisibles* de las formas contractuales estandarizadas, clasificación que surge: (i) de la importancia que los consumidores le otorguen a cada uno de los términos contractuales, de acuerdo con sus intereses, preferencias, razonamientos, conocimientos, etc., y conforme a la complejidad de la operación en cuestión; y (ii) según la presentación de las cláusulas contractuales en el acuerdo jurídico, pues se discute mucho la *visibilidad* de los términos contractuales cuando los mismos se presentan en letras ilegibles, documentos aparte que son desconocidos por el adherente, etc.

Se puede concluir así, que la distinción entre atributos visibles e invisibles de un contrato es esencial para el análisis de la eficiencia de las formas contractuales “(...) [pues] si bien las fuerzas del mercado deberían asegurar que los vendedores ofrezcan términos visibles que sean eficientes, los atributos invisibles resultan ineficientes debido al comportamiento estratégico de los vendedores, que intentan aumentar sus ganancias a expensas de los compradores que no se fijan”⁵⁵, con lo cual – como se dijo anteriormente - se produce una falla de mercado. Es por esta

⁵² Ver: KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit.

⁵³ CHAN, Y-S. y LELAND, H.E. “Prices and qualities in markets with costly information”. En: *Review of Economic Studies* (1982), N° 49. Págs.: 499 – 516. En: SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 3 – 56.

⁵⁴ En términos de Rusell KOROBKIN, en su escrito “*Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability*” (2003), “la eficiencia [contractual] requiere no sólo que los compradores estén conscientes del contenido de las formas contractuales, sino también que incorporen completamente esa información en sus decisiones de compra (toma de decisiones de forma completa y complementaria, como por ejemplo en la asignación de pesos a cada atributo del producto en cuestión)”. KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit. Pág.: 14 – 17.

⁵⁵ KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit.

razón - de acuerdo con Rusell KOROBKIN⁵⁶ - que los legisladores y los jueces deben tener en cuenta la racionalidad limitada de los adherentes, a la hora de regular el tema de los contratos de adhesión y de reglamentar los mecanismos de protección del adherente en la contratación estandarizada.

1.4.5. La interdependencia del adherente en los contratos estándar.

Sin embargo, los problemas que presentan los contratos de adhesión (la inclusión de cláusulas abusivas, entre otros), no sólo se producen gracias a los problemas cognitivos del adherente (su racionalidad limitada), sino también debido al poderío económico y jurídico de que gozan muchos predisponentes en la actualidad, sobre todo en comparación con el consumidor promedio. Dicho poderío económico y jurídico del predisponente, se concreta en una asimetría contractual entre las partes del contrato, si se tiene en cuenta que: si bien es cierto que el predisponente no impone el contrato al adherente, si le impone su contenido en una forma de *tómelo* o *déjelo*, de tal forma que adherente deberá aceptar (*adherir a*) el acuerdo jurídico abusivo que el predisponente le ofrece (aún dándose cuenta de que el contenido del contrato estándar es abusivo), si necesita del bien o servicio que el predisponente le ofrece. Piénsese, por ejemplo, en situaciones en las que una de las partes (el predisponente) goza de un poder ostensible de mercado – por ejemplo, los parqueaderos públicos – y una persona natural, común y corriente, se ve enfrentada a la decisión de parquear su carro en ese parqueadero pero teniendo que aceptar el clausulado abusivo (que redactaron los abogados expertos del predisponente) del contrato ofrecido, si desea ir en carro a un lugar donde se prohíbe estacionarse en la calle⁵⁷.

1.5. EL MERCADO Y LA CONTRATACIÓN EN MASA.

1.5.1. La definición de calidad del contrato.

De acuerdo con Diego F. SALAZAR, “la calidad del contrato por adhesión es la forma en que el contrato satisface los intereses de las dos partes intervinientes,

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Otra cosa distinta, es – por ejemplo - la negociación de un contrato de adhesión entre el Estado y una empresa, donde el acuerdo jurídico puede llegar a ser negociado en su contenido por las partes, al no existir entre ellas una asimetría contractual. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de seguros, que si bien han sido reconocidos como contratos estándar por naturaleza, no son así cuando el tomador del seguro es el Estado. Sin embargo, estos últimos casos son excepcionales, ya que la regla parece ser la desigualdad jurídica y económica entre las partes contratantes de los acuerdos jurídicos en masa.

*tanto con sus cláusulas como por la ejecución consecuente que se realiza de las mismas*⁵⁸. Así, si el contrato maximiza o beneficia el interés de las dos partes – predisponente y adherente – podrá hablarse de un contrato de *alta calidad* o *calidad optima*. Por el contrario, si el contrato no maximiza o no beneficia ninguno de los intereses de las partes o maximiza o beneficia sólo los intereses de una de las partes en detrimento de los intereses de la otra, podrá hablarse de un contrato de *baja calidad*⁵⁹. Empero, teniendo en cuenta las particularidades de los contratos de adhesión, es evidente que los intereses del predisponente siempre se maximizaran o beneficiaran con el acuerdo pues es él quien redacta las cláusulas del negocio jurídico, por lo tanto sólo podrá hablarse de un contrato estándar de baja calidad, cuando sean los intereses del adherente los que resulten insatisfechos.

1.5.2. Los contratos de adhesión: un problema de eficiencia.

Muchos doctrinantes afirman que los contratos de adhesión constituyen mecanismos ágiles y eficientes para la producción y distribución de bienes y servicios en el mercado, y que las limitaciones en las obligaciones y responsabilidades del empresario se compensan con el precio del producto⁶⁰. Empero, esta afirmación pierde peso, si se sostiene - como otros autores lo hacen - por ejemplo, Diego F. SALAZAR⁶¹ - que en lo que respecta a los contratos estandarizados, el mercado no puede asegurar por sí solo, ni una calidad optima de los acuerdos estándar, ni una compensación de la baja calidad del negocio con una reducción en el precio, si se tiene en cuenta la racionalidad limitada de los adherentes en un acuerdo jurídico cuyas cláusulas son en su gran mayoría o en su totalidad predispuestas por sólo una de las partes (el predisponente) y el poderío económico y/o jurídico de muchos predisponentes frente al consumidor común y corriente. Así, las asimetrías económica, jurídica y de información

⁵⁸ SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. En: El Periódico Anual de la Asociación de América Latina y el Caribe en Derecho y Economía (ALACDE), de la Universidad de Berkley – California. Periódico número: 061608-1 (2008). Pág.: 6.

⁵⁹ De acuerdo con Diego F. Salazar, los contratos de *baja calidad* pueden clasificarse desde dos puntos de vista: (i) los contratos *estándar de mínima calidad*, que son aquellos que tienen un estándar de calidad determinado por el ordenamiento jurídico, de tal forma que contienen todas las normas supletivas e imperativas que regulan las obligaciones y los contratos en general y algunos contratos en particular; y (ii) los contratos de *calidad mínima permitida por el ordenamiento jurídico*, que son aquellos que sólo tendrán las normas de derecho imperativo y las de derecho supletivo del ordenamiento jurídico, que beneficien al predisponente. SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit. Pág.: 20.

⁶⁰ Véase, por ejemplo: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág. 75.

⁶¹ SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit. Pág.: 20.

existentes entre las partes en los contratos estandarizados, aunada a la racionalidad limitada de los adherentes, tienen dos consecuencias negativas fundamentales en el mercado⁶². Por un lado, generan incentivos para que los vendedores ofrezcan contratos con una calidad baja. Y, por el otro, tienen como resultado que en el mercado no haya una correspondencia entre calidad y precio, pues si bien los vendedores ofrecen contratos de calidad inferior, esto no se ve reflejado en los precios que generalmente son superiores a los que el adherente debería pagar por la calidad transada. Entonces, la eficiencia del mercado se reduce ante transacciones realizadas por medio de contratos de adhesión, sin la existencia de ningún control por parte del ente estatal⁶³. Este último tema será tratado más adelante en este trabajo (1.6).

1.5.3. Los contratos de adhesión: un problema de redistribución de derechos y obligaciones.

Para autores como Andrés PALACIOS LLERAS⁶⁴, el problema de los contratos de adhesión no se debe enfocar únicamente desde la perspectiva de la *eficiencia*, sino también desde el punto de vista de la *redistribución de derechos y obligaciones* entre las partes del negocio.

Como se dijo anteriormente, la utilización de los contratos de adhesión está íntimamente ligada con la actividad empresarial en una economía de mercado a grandes escalas, pues dichos acuerdos – por su naturaleza - constituyen herramientas apropiadas para que las empresas disminuyan costos asociados a

⁶² Empero, de acuerdo con Diego F. Salazar, “es fundamental aclarar que los problemas asociados a la existencia de asimetrías de información son propios de los contratos de adhesión aunque no exclusivos de ellos (...) de todas formas, cuando en un contrato ambas partes tuvieron la oportunidad de discutir y negociar su contenido, la diferencia de información que resulte entre ellas sería una excepción que debería ser demostrada y no una regla general. Para profundizar acerca del tema, véase: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit. Pág.: 4.

⁶³ Esta teoría no es compartida por todos los estudiosos del tema, pues algunos doctrinantes – como por ejemplo SCHWARTS y WILDE - argumentan que en el mercado los contratos estandarizados con cláusulas contractuales desfavorables para los adherentes tienden a disminuir por el sólo accionar del mercado sin necesidad de ninguna intervención estatal, siempre y cuando exista una porción de adherentes que esté informada acerca de la calidad de los contratos estándar. Empero, los constantes conflictos que se presentan ante los tribunales y ante algunas entidades públicas – como por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio en nuestro país – son un indicio más de que el mercado no es capaz de asegurar contratos estandarizados favorables para ambas partes. Para más información, véase: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit. Pág. 8 – 10.

⁶⁴ PALACIOS LLERAS, Andrés. Op. Cit.

su participación en el mercado, gracias a la supresión del proceso de negociación, la consolidación de la estructura interna de la firma y la disminución de la incertidumbre presente en las transacciones mercantiles⁶⁵.

Sin embargo – como el mismo PALACIOS LLERAS dice – esta perspectiva de eficiencia en el ámbito empresarial, “no explica una particularidad perversa de los contratos de adhesión relacionada con la asignación de derechos y deberes”⁶⁶. De acuerdo con este autor, los contratos estandarizados tienden a distribuir los derechos y las obligaciones de manera muy provechosa para una de las partes en el negocio – el oferente o predisponente – en detrimento de la otra parte del acuerdo jurídico – el adherente – generándose así, una ventaja desproporcionada del primero sobre el segundo⁶⁷. En nuestro país – según Diego F. SALAZAR – esto se evidencia en múltiples casos, por ejemplo en la prestación de servicios de internet y en materia de telefonía celular, contratos en los que se incluyen cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, de tal forma de que a pesar de que los precios de estos productos tienden a disminuir con la competencia, el establecimiento de este tipo de cláusulas se mantiene en los contratos estandarizados⁶⁸.

Entonces, si bien en principio se podría nuevamente pensar que al producir a menores costos el adherente se vería beneficiado pues podría adquirir bienes y servicios a un menor precio, la realidad demuestra que esto efectivamente no es cierto, pues la reducción en el precio muchas veces se ve compensada con un desplazamiento de riesgos y obligaciones en cabeza del predisponente hacia el adherente⁶⁹. Esto es lo mismo que decir que, tratándose de contratos estandarizados, en el mercado se ofrecen acuerdos jurídicos de baja calidad a

⁶⁵ Gracias a los estudios realizados por el economista Robert COASE sobre la naturaleza de las firmas, se evidenció la búsqueda constante de las mismas para reducir los costos de transacción. Véase: COASE, Robert. “La naturaleza de la firma”. Op. Cit. Pág.: 390 – 391.

⁶⁶ PALACIOS LLERAS, Andrés. Op. Cit.

⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional de Colombia, y algunos tribunales de arbitramento, han realizado el análisis de validez de este tipo de cláusulas. Para más información al respecto, véase: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág. 301 a 369. Y, SUESCÚN MELO, Jorge. “Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”, Tomo I, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Bogotá D.C. (1996). Págs.: 256 – 267.

⁶⁸ Véase: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit. Pág.: 4 y 5.

⁶⁹ Doctrinantes como José Antonio BALLESTEROS GARRIDO opinan de la misma manera, al afirmar que: “[l]as empresas utilizan las condiciones generales de los contratos con otro fin (...): mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazando riesgos y obligaciones hacia sus clientes o arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherentes (...)”. Véase: BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Op. Cit. Pág.: 36.

precios que no corresponden con la calidad transada, debido a la asimetría económica, jurídica y de información entre las partes del negocio y la racionalidad limitada del adherente, con lo cual se beneficia excesivamente el oferente en perjuicio de la otra parte del negocio jurídico – el adherente.

1.6. EL ESTADO FRENTE A LA CONTRATACIÓN EN MASA

Muchos discuten acerca del rol que debe jugar el Estado en el Mercado, sobre todo ante fenómenos como el de la contratación estandarizada. La pregunta esencial, es si el Estado debe o no debe intervenir, por ejemplo, frente a las desventajas (o problemas) que se generan con la utilización de los contratos de adhesión. A continuación, se expondrán de manera muy somera algunas de las diferentes posturas con respecto a la intervención del Estado en el Mercado y se estudiará muy brevemente el tema bajo la luz del derecho colombiano, teniendo como eje central el tema de la contratación estandarizada.

1.6.1. Escuela Neoclásica (Modelo de Falla del Mercado).

El Modelo de Falla del Mercado, parte del modelo de mercado desarrollado por León Walras⁷⁰. De acuerdo con este autor, los mercados perfectamente competitivos se caracterizan por varios supuestos, a saber:

- (1) Muchos compradores motivados por el interés propio y actuando para maximizar su utilidad;
- (2) Muchos vendedores también motivados por el interés propio y actuando para maximizar sus beneficios;
- (3) Tanto compradores como vendedores no tienen la capacidad de generar ningún tipo de control sobre los precios del mercado y por ello son tomadores de precios;

⁷⁰ WALRAS, Leon. “Eléments d’ economie politique pure”, 1874; LGDJ, París, 1976. Autor citado por: CAHUC, Pierre. “La nueva microeconomía”, Alfomega Colombiana S.A, en coedición con la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. (2001). Pág.: 3 y ss.

(4) El precio que surge de las presiones de demandantes y oferentes sirve como una guía para los agentes comunicando la escasez del bien, servicio o factor tranzado;

(5) Los productos están estandarizados, es decir, son homogéneos, en cada mercado;

(6) No hay barreras de entrada o salida del mercado, entonces consumidores y productores son libres de entrar o dejar el mercado de productos y factores;

(7) Tanto compradores como vendedores están completamente informados en lo que respecta a las transacciones de mercado y, por ello, poseen previsión perfecta de las transacciones de mercado;

(8) Todos los bienes y servicios del mercado son mantenidos en propiedad privada estando todos ellos bien definidos y asignados; y

(9) Las leyes de contratación, los derechos de propiedad y las normas de responsabilidad civil son completamente garantizadas por parte del Estado⁷¹.

En palabras de Carlos Pablo MÁRQUEZ, estas nueve características pueden resumirse en tres puntos fundamentales, que determinan las particularidades esenciales de los mercados de competencia perfecta:

1. “Los agentes del mercado maximizan, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes”⁷².

⁷¹ MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. “Anotaciones sobre análisis económico del derecho”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. (2005). Págs.: 46 - 47.

⁷² *Ibidem*. Págs.: 47 – 48.

2. “Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y los derechos de propiedad son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a adición como lo que efectivamente son. Así pues, aun cuando sean sustitutos, no es posible sumar peras con manzanas, a menos que estemos mirando el mercado agregado de las frutas. Por otro lado los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios en el mercado se manejen de forma eficiente sin hoyos derivados de la imposibilidad de definir el titular del bien”⁷³.

3. “La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta. Esto quiere decir que, en el mercado, ninguno de los agentes posee más información que otro, de manera tal que cada uno sabe que saben los demás y los demás saben que cada uno de los participantes sabe lo que los demás saben, de modo que todos saben que cada uno sabe que ellos saben los que los demás saben y los demás saben lo que ellos saben. Así, teniendo claro que nadie tiene ventajas en la información, podemos deducir que todos tienen la capacidad de prever perfectamente el comportamiento de los demás, de manera tal que es posible determinar para todos previamente cuál será el efecto de la acción de cada agente”⁷⁴.

Según los Neoclásicos, cuando se genera una deficiencia o una ineficiencia en cualquiera de estas tres características del mercado competitivo *Walrasiano* (modelo ideal), se genera una *falla del mercado* y el Estado debe entrar a intervenir. En este entendido, el sentido de dicha intervención económica, sería restablecer el orden económico y proteger el interés público, eliminando la posibilidad de que los agentes del mercado marchen sin control y corrigiendo las fallas del modelo de competencia perfecta⁷⁵.

Dentro de las fallas que evidencia este Modelo de Falla del Mercado, se pueden nombrar las siguientes: (i) el poder de mercado como falla (cuando los agentes del mercado dejan de ser *precio aceptantes*, para volverse *precio decisores*); (ii) las externalidades (que se refieren a bienes que un agente económico suministra a otro, sin que exista ningún tipo de transacción económica directa entre los agentes

⁷³ *Ibídem.*

⁷⁴ *Ibídem.*

⁷⁵ *Ibídem.* Págs.: 76 y ss.

y que afecta la función de beneficio o utilidad positiva o negativamente); y (iii) la incertidumbre, riesgo e información asimétrica (que se refiere a la falta de información de los agentes o a la imposibilidad de previsión perfecta)⁷⁶.

1.6.2. Escuela de la Elección Pública y Escuela Austríaca (Críticas al Modelo de Falla del Mercado).

Conforme a Carlos Pablo MÁRQUEZ, la teoría según la cual el Estado está dirigido a solucionar las fallas del mercado ha sido objeto de múltiples críticas, las cuales en general se centran en los siguientes puntos⁷⁷:

- Primero “(...) otorgar tanto poder a la administración para dirigir el mercado puede llevar a que las consecuencias de la regulación sean incluso más perjudiciales para la economía que la falla de mercado misma”.
- Segundo, “la incompetencia del regulador para analizar fenómenos reales en los que las fallas del mercado recaen sobre problemas de información e incertidumbre”.
- Tercero, estos críticos argumentan “la *falacia* de la existencia de las *fallas* del mercado, es decir, que lo que sucede no es que se presenten fallas del mercado, sino que esa es la forma en que naturalmente funciona el mismo”.
- Cuarto, la principal crítica al Modelo de Falla del Mercado tiene que ver “con la incapacidad que dicho modelo tiene para enfocar la regulación hacia el interés de la comunidad”.

Así, por un lado, la Escuela de la Elección Pública sostiene que “las intervenciones del Estado no resultan de las acción de individuos desinteresados, poseídos por el espíritu del *servicio público*, sino de agentes racionales que responden a las demandas de grupos de presión (...) desde esta óptica, las intervenciones públicas están determinadas por un mercado político”⁷⁸, donde la oferta proviene

⁷⁶ *Ibíd.* Págs.: 49 a 75.

⁷⁷ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación”. Universidad del Quindío. Colombia (2005). Pág.: 39.

⁷⁸ CAHUC, Pierre. Op. Cit. Pág.: 7.

de burócratas y políticos, y la demanda de de grupos de presión que representan intereses particulares. En este sentido, se corre el riesgo de que:

“la regulación tiend[a] a convertirse en un instrumento de discriminación empresarial, el cual permite que las empresas reguladas demanden regulación específica que les dé ventajas comparativas con la competencia o frente a los consumidores, y a su vez, un instrumento por medio del cual los políticos respond[an] a demandas de grupos de interés”⁷⁹.

Entonces, después de haber asimilado la política al mercado, este enfoque demuestra que el mercado político no funciona como uno de competencia perfecta, sino que por el contrario se caracteriza, como regla general, por la asignación ineficiente de los recursos y por ser mayores los costos que los beneficios del intervencionismo económico. Sobre esta base teórica, la nueva economía pública crítica la intervención estatal en la economía y conduce así, a un liberalismo económico absoluto⁸⁰.

Por otro lado, la Escuela Austríaca - partiendo de los postulados presentados por la Escuela de la Elección Pública (la captura del regulador por el regulado) - propone una nueva forma de aproximarse a la intervención económica, de forma tal que deje de concebirse como un estricto método de control y comience a percibirse como una nueva forma en que el Estado se aproxime a la industria, para que en un proceso asimilado al mercado, el regulador acuerde con el regulado el modo en que se trataran de lograr las metas que el orden constitucional impone. De acuerdo con Carlos Pablo MÁRQUEZ:

“(…) esta aproximación teórica sugiere que el papel de la regulación administrativa no consiste en la corrección o eliminación de las fallas del mercado, no en la redistribución de la riqueza, sino que se constituye en un mecanismo por medio del cual se comunican e interactúan los múltiples intereses de la pluralidad de agentes que convergen en el mercado y en el proceso, formación y estructura de la regulación”⁸¹.

La Escuela Austríaca apoya sus teorías, en los siguientes postulados:

⁷⁹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Op. Cit. Pág.: 39.

⁸⁰ CAHUC, Pierre. Op. Cit. Pág.: 7.

⁸¹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Op. Cit. Pág.: 44.

- i Asume las proposiciones del individualismo metodológico, “según el cual los agentes económicos no pueden estudiarse de manera agregada, pues cada agente tiene un complejo sistema de preferencias”⁸².
- ii Considera que “la información y el conocimiento son incompletos y que no es posible tener toda la información relevante al tomar una decisión económica, dado que la información se encuentra fragmentada de manera tal que es imposible la omnisciencia que pretende imponer el método neoclásico, así como lograr adquirir toda la información relevante sin ningún costo”⁸³.
- iii Fundamenta sus pretensiones en el *proceso de descubrimiento*, que es una característica empresarial natural en el ser humano y patentiza la apertura de nuestra sociedad hacia el futuro. “El mercado parte de un proceso de constante innovación, creación y descubrimiento que tiene como fin la utilidad, que no es exclusivamente influenciada por elementos materiales, sino también por emociones (...)”⁸⁴.
- iv Sostiene que la economía y el mercado se encuentran en un “proceso continuo de descubrimiento, coordinación e intercambio, donde el precio es la principal herramienta de información, pues indica cómo se estructuran las preferencias y mecanismos por medio de los cuales el mercado regula las transacciones”⁸⁵.
- v Diferencia entre el derecho privado, derecho que en su criterio regula la conducta, y el derecho público, derecho que denomina organizacional. En este sentido, considera que el derecho privado provee a los agentes económicos de libertad para que, en el proceso de descubrimiento, puedan definir toda clase de *negocios* y así lograr ciertos fines definidos por ellos mismos individualmente; mientras que el derecho público, no permite esta forma de libertad, pues se refiere a relaciones de comando, control y obediencia, en su objetivo por alcanzar una organización específica (muchas veces favoreciendo intereses particulares).

⁸² Ibídem. Pág.: 45.

⁸³ Ibídem.

⁸⁴ Ibídem. :

⁸⁵ Ibídem. Pág.: 46 – 47.

Por lo tanto, la Escuela Austríaca considera que la intervención estatal - en el sentido neoclásico - representa una interferencia negativa en la economía, pues al eliminar las supuestas fallas del mercado, impone mecanismos de comando y control, que no permiten el libre desarrollo de los procesos de coordinación y descubrimiento naturales al mercado. Así, la mejor forma de regulación para esta escuela, es la *desregulación* de los mercados, de tal forma que se apliquen los principios del derecho privado, fundamentados en el derecho de la propiedad, el derecho de los contratos y la responsabilidad civil. El rol del Estado – y del derecho administrativo – bajo la óptica austríaca, queda limitado en brindar los medios necesarios para lograr la coordinación derivada de los mercados (y no en establecer un orden específico) y en determinar un conjunto de procedimientos que permitan mantener un orden económico derivado de la libre competencia y la autonomía de la voluntad privada⁸⁶.

En palabra de Carlos Pablo MÁRQUEZ, los efectos de las críticas de estas escuelas de pensamiento sobre el modelo de regulación e intervención normativa, son claros:

- Primero, “las funciones de intervención normativa han pasado a un plano marco, donde el legislador o quien tenga la potestad reglamentaria define un límite de las oportunidades de acción de los agentes económicos, sin que ello quiera decir que se regulan todos los eventos de acción en el mercado”⁸⁷;
- Segundo, “se eliminó el conflicto de interés derivado de la producción de ciertos bienes y servicios por parte del Estado eliminando la coincidencia de regulador y regulado”⁸⁸, y;
- Tercero, “se abandon[ó] el modelo de prestación monopólica de algunos servicios públicos para implementar un sistema de competencia basado en la libertad de los agentes de la industria”⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. *Ibíd.* Pág.: 47.

⁸⁷ MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. *Op. Cit.* Pág.: 88.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

1.6.3. Una visión desde el derecho colombiano: Estado, Mercado y contratos de adhesión.

Como se expuso con anterioridad (sección 1.4.4), el problema fundamental de los contratos estándar es la existencia en los mismos de cláusulas *visibles* y de cláusulas *invisibles* que posibilitan el que los predisponentes introduzcan cláusulas abusivas en estos acuerdos jurídicos, con el único objetivo de aumentar sus ganancias a expensas de los adherentes. Por lo tanto, con la utilización de los contratos estándar se produce una falla de mercado traducida en un problema de incertidumbre, riesgo e información asimétrica, pues el predisponente ofrece contratos en masa con términos contractuales ineficientes y de baja calidad, que no se ven compensados por el precio, aprovechándose de su poderío económico y jurídico, de la racionalidad limitada de los adherentes y de la imposibilidad del mercado para corregir esta situación.

Surge entonces, una pregunta esencial: ¿debe o no debe el ente estatal intervenir para corregir esta particularidad de los contratos en masa? Como acabamos de ver, muchas son las posiciones respecto de la intervención estatal en la economía, más aún si se refiere a los contratos estándar.

Por un lado, están los argumentos de la Escuela Neoclásica y los argumentos de las escuelas de la Elección Pública y Austríaca. Siguiendo la corriente de pensamiento neoclásica, podría afirmarse que es fundamental que el Estado intervenga en el Mercado, con el objeto de corregir la falla del mercado que se produce con la utilización de los acuerdos jurídicos en masa e impedir que se introduzcan estas cláusulas abusivas en los contratos estándar, a fin de proteger el interés público representado por los consumidores. Por el contrario, siguiendo la corriente de pensamiento de las escuelas de la Elección Pública y Austríaca, podría sostenerse que la intervención del Estado en el Mercado para corregir esta particularidad de los contratos de adhesión no es deseable, pues, como se expuso antes, son mayores los costos que los beneficios de la misma: primero, el Estado no es un ente *neutro* y puede terminar favoreciendo intereses particulares en detrimento del bienestar público; segundo, porque no es cierto que existan *fallas del mercado* como tal, sino que es la forma como el mismo Mercado funciona; y, tercero, porque en todo caso el Estado es incompetente para analizar los fenómenos que recaen sobre problemas de información e incertidumbre.

De acuerdo con varios fallos de la Corte Constitucional de Colombia, el modelo que adopta nuestro país es el de la falla del mercado⁹⁰. Así, en sentencia número C – 150 de 2003 la Corte dice lo siguiente (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

“La literatura sobre “fallas del mercado versa sobre este problema.⁹¹ Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información⁹², oferta limitada y abuso de posición dominante⁹³, bienes o servicios que el mercado no proporciona de

⁹⁰ En este sentido, ver por ejemplo los siguientes fallos de la Corte Constitucional de Colombia: C – 1162 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C – 150 de 2003 y C – 739 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁹¹ Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes “fallas de mercado”, ver: Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

⁹² Por ejemplo, la Corte ha puesto de presente que el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución permite la existencia de bases de datos, cuya finalidad es garantizar la posibilidad de acceder a información relevante para el mercado. En efecto, “la información veraz en materia financiera protege la estabilidad del sector, pues el otorgamiento de créditos es una actividad que implica riesgos, y por ello es legítimo que las entidades financieras busquen conocer el comportamiento pasado de los aspirantes a préstamos”. Sentencia C-687 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett (En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, el cual fijaba un término de caducidad de los datos financieros negativos de los deudores. La Corte consideró que tal asunto regulaba directamente el derecho fundamental al *habeas data*, razón por la cual, al ser una ley ordinaria, violaba la reserva de ley estatutaria). No obstante, “la consagración de un término de caducidad del dato financiero regula estructuralmente el *habeas data* en materia financiera, pues establece las condiciones de tiempo en que las personas pueden exigir que sea removida una información negativa, que figura en una determinada base de datos” (Ibídem).

⁹³ Por ejemplo, en la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte concedió una tutela interpuesta por un fabricante de velas que había interpuesto una queja de carácter comercial contra la accionada, razón por la cual ésta le había suspendido el suministro de la materia prima (parafina) que requería para la elaboración de las velas. Esta Corporación constató que en la región sólo la accionada distribuía parafina, de manera que la suspensión en el suministro, implicaba para el accionante la imposibilidad de continuar con su actividad económica.

manera eficiente⁹⁴, barreras de ingreso al mercado⁹⁵, externalidades⁹⁶, competencia destructiva⁹⁷ entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de *fallas del mercado* (...)"⁹⁸.

La Corte sostuvo: "La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333)".

⁹⁴ Por ejemplo, en la Sentencia T-604 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un accionante residente en una zona periférica de una ciudad que consideraba que la omisión de la empresa transportadora encargada de prestar ese servicio público vulneraba su derecho a la libre locomoción, pues no recorría toda la ruta asignada. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. Esta Corporación sostuvo que el transporte público era necesario para garantizar la vigencia de varios derechos fundamentales, que la ruta en su totalidad era rentable y que por lo tanto la empresa tenía la obligación constitucional de cubrir el recorrido completo.

⁹⁵ Por ejemplo, en la Sentencia T-425 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte conoció de una tutela interpuesta por un accionante a quien se le había prohibido tener máquinas de juegos electrónicos en un establecimiento de comercio, de acuerdo con las normas locales expedidas por el concejo municipal respectivo. La Corte sostuvo que sólo el Congreso tiene facultades para limitar la libertad económica de los ciudadanos.

⁹⁶ Por ejemplo, en la Sentencia T-437 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte concedió la tutela interpuesta por una accionante cuyo vecindario era utilizado como terminal de una empresa de transporte. Una de las razones que acompañaron la decisión consistió en que "la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados –la realización de una actividad empresarial".

⁹⁷ Este tema ha sido estudiado por la Corte en sentencias de ratificación de tratados internacionales. Al respecto, consultar las sentencias C-178 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-334 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y C-581 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

⁹⁸ Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manule José Cepeda espinosa.

En nuestra opinión, la posición de la Corte Constitucional de Colombia es acertada, si se tiene en cuenta lo siguiente:

Primero, que de acuerdo con el pensamiento de Joseph STIGLITZ, es necesario establecer un equilibrio entre el Mercado y el Estado⁹⁹, y no dejarse llevar por un *fundamentalismo del mercado*, que se sustenta en la teoría de la mano invisible, en la eficiencia de los mercados sin restricciones y en un intervencionismo estatal mínimo. Así, conforme a este autor, al referirse a los efectos negativos del Consenso de Washington¹⁰⁰ en la economía:

“Es quizás evidente que la reforma debe basarse en una sólida comprensión de la economía. Pero del mismo modo en que el Consenso de Washington fue criticado por centrarse en objetivos demasiado estrechos, también es posible criticarlo por haberse basado en un *modelo* equivocado y excesivamente simplista de la economía. Así pues, no tuvo en cuenta las limitaciones derivadas de una información restringida y asimétrica, los mercados incompletos y la competencia imperfecta. Todas estas son limitaciones importantes”

⁹⁹ En este mismo sentido se pronuncian Luis Alarcón y Irey Gómez, quienes cuestionan la implantación de las políticas neoliberales en los Estados Latinoamericanos durante los años ochenta: “Así, los años ochenta significaron para América Latina la retirada del Estado impuesta por la doctrina neoliberal, de modo que, la retirada del Estado preconizaba también el abandono del tradicional papel de regulador de la economía, y ello produjo en beneficio de un mercado que suponía iba a volver a encontrar las virtudes mágicas (la mano invisible) que le atribuía Adam Smith. Una labor ideológica considerable fue llevada a cabo por la cruzada anti-estatal de Ronald Reagan y Margaret Thatcher. No se discutía si un proyecto estaba o no justificado y, menos aún, la situación particular de cada país. Por principio, cualquier intervención del Estado en la economía era malsana. Toda retirada era, en principio, sana (...) No obstante las diversas crisis económicas que han experimentado las economías neoliberales (mexicana 1994 – 1995, asiática, rusa y brasileña 1998 – 1999 y, más recientemente, argentina 2001 y peruana 2002) obligaron a las agencias financieras internacionales (FMI, BID, BM) a cuestionar la lógica del Estado mínimo que ellos mismos propugnaron e impulsaron. De modo que de manera más general, se pide al Estado que reconstituya los tejidos sociales en disolución, establezca o garantice la existencia de un orden regulado por la ley, sin el cual ninguna economía puede funcionar. Se le pide también que luche contra los poderes infraestatales (mafias, narcotráfico, guerrillas, etc.), que procure la reconstrucción de la ciudadanía; es decir, que cumpla con todas aquellas tareas que no pueden ser garantizadas por la simple lógica de los mercados”. ALARCÓN, Luis y GÓMEZ, Irey. “La tensión Estado – Mercado: ¿antagonismo o complementariedad? Revisitando la experiencia latinoamericana”. En: Revista de Ciencias Sociales (RSC) Vol. X, No. 3, de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Zulia (LUZ). Maracaibo (Sept. – Dic. 2004). Págs.: 404 y 405.

¹⁰⁰ El Consenso de Washington, es una lista de políticas económicas consideradas durante los años noventa, por los organismos financieros internacionales y algunos centros económicos norteamericanos, como un programa general de políticas que los países latinoamericanos debían tener en cuenta para impulsar su crecimiento. Originalmente formuladas por John Williamson, tenía dentro de sus metas la desregularización de los mercados.

en cualquier economía, pero especialmente en economías en desarrollo. La opinión de que los mercados generan por sí solos eficiencia económica – o en términos más generales, que los mercados pueden por sí solos resolver los problemas básicos de la sociedad – se designa a veces con el nombre de *fundamentalismo del mercado*.

Es necesario entender el papel del Estado para llegar a una sólida comprensión de la economía. La visión que tenía el Consenso de Washington al respecto era con frecuencia desequilibrada. Consideraba que el Estado era parte del problema del desarrollo y a menudo parecía abogar por un Estado minimalista. Los escándalos empresariales en que están envueltos hoy en día los Estados Unidos muestran el peligro que representan los mercados no regulados (...) (subrayado por fuera de texto)”¹⁰¹.

Esta misma tesis fue recientemente sostenida por STIGLITZ, en un artículo publicado en el diario español El País, cuando al referirse a los efectos del neoliberalismo, afirmó lo siguiente: “El mundo no ha sido amable con el neoliberalismo, esa caja de sorpresas de las ideas que se basa en la noción fundamentalista de que los mercados se corrigen a sí mismos, asignan los recursos con eficiencia y sirven bien al interés público (...)”, para finalizar diciendo esto:

“El fundamentalismo de mercado neoliberal siempre ha sido una doctrina política que sirve a determinados intereses. Nunca ha estado respaldado por la teoría económica. Y, como debería haber quedado claro, tampoco está respaldado por la experiencia histórica. Aprender esta lección tal vez sea un rayo de luz en medio de la nube que ahora se cierne sobre la economía mundial”¹⁰².

¹⁰¹ STIGLITZ, Joseph E. “Stiglitz en Colombia: reflexiones sobre sus planteamientos”. Compilación de: Cecilia López Montañó y Carlos Alberto García. Con la colaboración de: Naciones Unidas (UN), La Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI) y la Fundación Agenda Colombia. Editorial Intermedio Editores S.A. Bogotá (2007). Págs.: 83 – 84.

¹⁰² STIGLITZ, Joseph E. ¿El fin del neoliberalismo? Artículo publicado en: el diario El País. España (2008). Este artículo se puede consultar en la página web:

http://www.elpais.com/articulo/empresas/sectores/fin/neoliberalismo/elpepueconeg/20080720elpnegemp_6/Tes

Segundo – tal y como lo afirma Fabián G. MARÍN CÓRTEZ, al analizar las transformaciones del derecho, la empresa y el Estado – que la intervención del Estado en el Mercado es necesaria si se tiene en cuenta que, a diferencia de la empresa privada, dentro de sus deberes se encuentra la protección del consumidor, mientras que la empresa privada tiene como función la obtención de ganancias:

“Reducir el Estado, o mejor, debilitarlo en nombre del mercado, para que pueda subsistir, es algo que no se comprende fácilmente, pues quien pretende reemplazarlo – los particulares, entregados a una agresiva lucha por el mercado y, por tanto, por la máxima obtención de rendimientos económicos – no recoge en sus manos, y menos en su corazón, los intereses y sensibilidades de todos los hombres, sino los de muy pocos, luego, ante el cambio que se está operando de actores políticos – económicos, no se ve por dónde o cómo va a redundar, a largo plazo, a favor del pueblo de un Estado nacional, y sobre todo de uno pobre”¹⁰³.

Tercero, que Colombia es un Estado Social de Derecho (Art. 1° C.N.)¹⁰⁴, que se desarrolla en un sistema económico intermedio, pues si bien su estructura es de mercado (Art. 333 C.N), el Estado cuenta con una clara facultad de intervención (Art. 334 C.N.), basada en el concepto de *justicia social*, que rompe la regla del equilibrio formal para sostener la necesidad de protección del débil¹⁰⁵. Ejemplo de esto, es la consagración en la Constitución Política de 1991 de los artículos: 13 (que consagra la igualdad real y efectiva de las personas), 78 (acerca del deber de protección del consumidor, que tiene el ente estatal) y 95, numeral 1 (que rechaza el abuso del derecho).

Entonces, no se puede argumentar que el Estado puede llegar a ser corrupto al momento de intervenir en la economía (y favorecer así intereses particulares), o que el Estado no es *apto* para analizar los fenómenos que recaen sobre problemas de información e incertidumbre, o que las particularidades que se dan

¹⁰³ MARÍN CÓRTEZ, Fabián G. “Público y privado: estudio sobre las transformaciones del derecho, del estado y de la empresa”. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2008). Págs.: 241 y 252.

¹⁰⁴ Artículo 1° de la Constitución Política de Colombia de 1991. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹⁰⁵ En este sentido ver: LÓPEZ CAMARGO, Javier. “Constitución económica: mercado y derecho del consumo”. En: Revista Contexto N° 10, del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (Mayo de 2001). Págs.: 25.

en el mercado no deben ser atendidas, por no considerarse como *fallas* en el funcionamiento del mismo, si bien favorecen injustamente unos intereses particulares en detrimento de otros, para olvidar las obligaciones constitucionales de intervención (y de protección al consumidor) que tienen el Estado colombiano y que – como argumenta STIGLITZ – tienen un fundamento económico e histórico: no se trata de eliminar el mercado, se trata de establecer un marco jurídico que permita su correcto funcionamiento. Lo importante es lograr un equilibrio entre el Mercado y el Estado, de tal forma que se respeten los derechos y obligaciones consagradas constitucionalmente, dentro de una economía de mercado.

Por otro lado, podría argumentarse en contra de dicha intervención, afirmando que la consecuencia directa de la misma se concretaría en un aumento de los costos del productor y, consecuentemente, del valor del bien o del servicio, afectando así tanto a los consumidores en general (pues los precios subirían) como a la industria del país en cuestión (pues la demanda disminuiría), ante eventualidades que, en la práctica, podría pensarse que afectan sólo a unos pocos adherentes (podría pensarse que son escasos los consumidores que realmente se ven afectados por las cláusulas abusivas). Duncan KENNEDY, por ejemplo, sostiene que la adopción legal de *nondisclaimable duties* correspondería a una decisión paternalista por parte del Estado, que partiría de la falsa concepción de que las personas con menores ingresos (consumidores) necesitan protección por no entender su situación y que, a su vez, causaría un grave perjuicio a los productores¹⁰⁶. A su vez, Richard POSNER sostiene que el mercado (y no el Estado) es el que puede asegurar que las condiciones generales que se terminen transando sean las que maximicen la utilidad de los adherentes, pues la competencia entre los productores – según éste autor - tiene como consecuencia: (i) que se ofrezcan condiciones atractivas; y/o (ii) que ante condiciones no tan atractivas, se disminuyan los precios¹⁰⁷. Así - junto con Lucian A. BEBCHUK – POSNER fortalece su posición argumentando adicionalmente: (i) que los oferentes pensarán dos veces acerca de la posibilidad de imponer cláusulas abusivas en los contratos en masa, pues, a diferencia de los adherentes, tienen una reputación que proteger; y (ii) que la intervención estatal mediante términos compulsorios legales no es adecuada, porque podría conllevar a un uso abusivo de los mismos por parte de los consumidores, en detrimento de los predisponentes¹⁰⁸.

¹⁰⁶ KENNEDY, Duncan. “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”. En: Maryland Law Review, Vol. 41, N° 4 (1982). Pág.: 609, 610, 624, 625, 629 y 630.

¹⁰⁷ POSNER, Richard. “El análisis económico del derecho”. Fondo de Cultura Económica. México (1998). Pág.: 111.

¹⁰⁸ BEBCHUK, Lucian y POSNER, Richard. “One- side contracts in competitive consumer markets”. Trabajo de discusión N° 534 del John M. Olin Center for Law, Economics and Business de la Universidad de Harvard. En: Michigan Law Review 827 – 836 (2006). Pág. 6 - 7.

Sin embargo, autores como KENNEDY, POSNER y BEBCHUK no tienen en cuenta todo el contexto del fenómeno de la contratación estandarizada, si se hace un recuento de todo lo expuesto durante el primer capítulo de este trabajo.

Primero. La contratación estandarizada goza de una magnitud inimaginable en la actualidad, pues se ha extendido más allá de la actividad empresarial para evidenciarse incluso en profesiones liberales como la medicina, por lo cual día a día millones de consumidores se ven expuestos a posibles abusos por parte de los adherentes.

Segundo. Los adherentes gozan de una racionalidad limitada, pues no sólo la información es costosa y no basta con conocerla (pues también hay que incorporarla en el proceso de toma de decisiones), sino que también habrá términos contractuales *visibles* e *invisibles*, de acuerdo con la forma en que los consumidores los valoren y conforme a la forma en la que los mismos sean presentados en el acuerdo jurídico por parte del predisponente¹⁰⁹.

Tercero. En la actualidad, por regla general, los predisponentes cuentan con un poderío económico y/o jurídico superior, en comparación con el adherente común corriente. Entonces, aún si el adherente estuviera al tanto de las cláusulas abusivas: (i) se vería obligado a aceptar el acuerdo jurídico estándar, si desea obtener el bien o servicio que le es ofrecido por el predisponente, y (ii) se vería forzado a no realizar ninguna reclamo, ante un predisponente preparado jurídicamente para rechazar cualquier pretensión del adherente.

Cuarto. Los contratos estándar son ineficientes, al ser acuerdos jurídicos en los que las condiciones de calidad y precio no corresponden, y el mercado por sí sólo es incapaz de corregir dichas ineficiencias, ante la racionalidad limitada del adherente y la asimetría contractual entre las partes, en un contexto en el predisponentes siempre va a tratar de aprovechar esta ventaja y aumentar sus ganancias¹¹⁰.

Quinto. Aún si se asume que la ganancia que producen los contratos de adhesión termina beneficiando al consumidor a través de precios más bajos, todavía no es

¹⁰⁹ KOROBKIN, Rusell. Op. Cit.194.

¹¹⁰ SALAZAR, Diego F. "Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión". Op. Cit. Pág.: 5.

claro que haya una ganancia social neta, pues los riesgos y responsabilidades que puede llegar a manejar el adherente tienen sus propios costos¹¹¹.

Sexto. La falta de protección de los consumidores, no sólo afecta a los adherentes del mismo, sino también al sector industrial de dicha nación en el ámbito del comercio internacional, por un lado, porque permite la entrada de productos de baja calidad al mismo y, por el otro, porque vuelve poco competitivos a los productos nacionales en países con fuertes legislaciones protectoras de los consumidores¹¹².

Séptimo. Por la forma en que son utilizados por los predisponentes, los contratos de adhesión constituyen mecanismos para lograr la redistribución de derechos y obligaciones, favoreciendo así injustamente a unas personas (las empresas) en perjuicio de otras (los consumidores)¹¹³.

¿Pero cuál o cómo debe ser la intervención del Estado en el Mercado, ante los problemas que se generan con el empleo de la contratación estandarizada? En pocas palabras, la intervención del Estado se debe limitar al restablecimiento del equilibrio contractual, pues no se busca eliminar el sistema de mercado. En este sentido, autores como Carlos Alberto SOTO¹¹⁴, proponen un tripe control estatal de las cláusulas abusivas (legislativo, administrativo y judicial) y otros, como Rusell F. KOROBKIN¹¹⁵, de manera más general, enfatizan en la importancia de un doble control (*ex – ante* y *ex – post*) de los contratos de adhesión. En todo caso – y de manera adicional al control estatal de los contratos estándar – no se debe olvidar la importancia de generar una cultura de consumo y de lograr un fortalecimiento de las asociaciones de consumidores.

¹¹¹ RAKOFF, Todd D. Op. Cit. Pág.: 95 – 98.

¹¹² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos de Adhesión*. Op. Cit. Pág.: 106 - 110.

¹¹³ PALACIOS LLERAS, Andrés. Op. Cit.

¹¹⁴ SOTO, Carlos Alberto. “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”. En: *Vniversitas* Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, revista de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 106. Bogotá D.C. (Dic. 2003). Págs.: 238 y ss.

¹¹⁵ KOROBKIN F., Rusell. “Bounded Rationality, Standard form Contracts, and Unconscionability”. Publicado originalmente en: *University of Chicago Law Review* Fall, 2003. 70 U. Chi. L. Rev. 1203. Traducción autorizada por el autor, realizada por Andrés Palacios Lleras, en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes Número 37. Bogotá D.C. (Dic. 2006). Pág.: 174.

1.7. CONCLUSIÓN: LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN PUEDEN EMPLEARSE, PERO CON LA IMPLEMENTACIÓN DE UN CONTROL ESTATAL

En conclusión, si bien los contratos de adhesión se presentan, en principio, como una herramienta adecuada para lograr las metas de los empresarios y reducir los costos de las transacciones en el mercado - lo cual en teoría beneficiaría a ambas partes del acuerdo jurídico, pues supondría una reducción en el precio del producto - lo cierto es que la práctica¹¹⁶ ha demostrado que los empresarios utilizan los contratos estándar con el objeto de introducir cláusulas abusivas para mantener una posición de dominio en el mercado, lo cual redundaría en detrimento del adherente, que no se compensa con una reducción en el precio de los bienes y servicios, pues dichas cláusulas abusivas establecen derechos adicionales en el predisponente y, correlativamente, cargas excesivas en el adherente, más allá del factor precio. Esta situación es posible, gracias a una de las características de los contratos de adhesión, los cuales - como se dijo - son en su gran mayoría o en su totalidad predispuestos en su clausulado sólo por una de las partes en el acuerdo jurídico, quien generalmente goza de un gran poderío económico y jurídico, y debido a la racionalidad limitada de los adherentes. Entonces, los contratos estandarizados se presentan como un problema de redistribución de derechos y obligaciones favorable al predisponente - o, en otras palabras, los contratos estándar implican una redistribución de los excedentes producidos entre las partes, que es favorable para los predisponentes en desmedro de los adherentes - motivo por el cual se justifica la intervención del ente estatal, sobre todo en países como el nuestro, donde por expresa disposición constitucional el Estado intervendrá en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, con el objeto de racionalizar la economía a fin de

¹¹⁶ Esta situación es evidenciada en nuestro país, por las múltiples demandas que se realizan ante la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los tribunales de arbitramento, que argumentan la introducción de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados por las partes en disputa. Para más información acerca de dichos fallos, véase: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 301 - 369. Y, SUESCÚN MELO, Jorge. Op. Cit. Págs.: 256 - 267. Por otro lado, de acuerdo con Diego F. SÁLAZAR, esta situación de abuso se ve reflejada en varios ejemplos que nos afectan día a día a los colombianos: (i) primero, la gran mayoría - sino la totalidad - de los contratos de depósito tienen incluidas una serie de cláusulas de limitación de responsabilidad, que no han sido suprimidas - sino que por el contrario su implementación se ha visto cada vez más generalizada - con la competencia entre los mismos; (ii) segundo, las prestadoras de servicios de internet consagran en sus condiciones generales una serie de cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad por la no prestación del servicio, y la competencia entre estas ha producido una reducción en los precios pero no la supresión de este tipo de cláusulas contractuales; y (iii) tercero, en materia de telefonía celular, la situación es idéntica a la de la prestación de servicios en internet. Véase: SALAZAR, Diego F. "Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión". Op. Cit. Pág.: 4 - 5.

conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes (Art. 334 C.N.)¹¹⁷.

¹¹⁷ Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

II. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

2.1. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que el derecho debe ajustarse a las exigencias de la vida moderna, pues de nada sirven normas que no regulen las situaciones a las que en su vida cotidiana los seres humanos se encuentran expuestos, como – por ejemplo - la contratación estandarizada. Sin embargo, luego de un breve análisis de los contratos de adhesión en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede llegar a la conclusión de que, en nuestro país, el área del derecho privado se ha resistido a este cambio, sobre todo en lo relativo al tema de los contratos¹. Cuando nos encontramos con unas relaciones de intercambio como las que se dan en los tiempos modernos, es evidente que la reglamentación del contrato según los postulados clásicos liberales deja de ser pertinente.

A continuación, se hará una breve exposición general de las normas y de la jurisprudencia que en nuestro país se refieren expresamente al tema de los contratos en masa, evidenciando finalmente que – en últimas – son más los fallos jurisprudenciales acerca de las cláusulas abusivas, que las normas colombianas a propósito de la contratación estandarizada. Sin embargo, ninguno de estos esfuerzos es suficiente, teniendo en cuenta el impacto del fenómeno de los contratos estándar en la vida contemporánea.

2.2. LA NORMATIVIDAD SOBRE CONTRATOS DE ADHESIÓN EN COLOMBIA

2.2.1. La Constitución Política de 1991.

La Constitución Política de 1991 (de ahora en adelante, C.P de 1991) sienta el marco jurídico en el que debe desarrollarse la contratación privada en nuestro país. Así, el artículo 333 de la C.P. 91² establece que la actividad económica y la

¹ En este mismo sentido, se pronuncia Jorge PINZÓN SÁNCHEZ. Op. Cit. Por ejemplo, en las páginas: 171 y 181 a 186.

² Art. 333 C.P 1991. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización

iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, empero dentro de un régimen económico en el cual la dirección de la economía corresponde al ente estatal, conforme al artículo 334 de la C.P 1991³. Así mismo, dispone que “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 (...)”⁴ (Art. 78 C.P. 1991). Empero, la Carta Política de 1991 no dispone nada específico a propósito de los contratos de adhesión.

2.2.2. El Código Civil y el Código de Comercio.

Así mismo, el actual Código Civil (Ley 57 de 1887, también C.C.), a pesar de estipular el esquema básico de la contratación privada en nuestro país, debido a su antigüedad tampoco hace ninguna referencia expresa a propósito del tema de la contratación estandarizada.

Por su parte, el Código de Comercio vigente (Decreto 410 de 1971, de ahora en adelante Cód. de Co.), si bien no estableció una línea armónica y general para la contratación, si consagró aisladamente - en algunas de sus normas - la figura de los contratos de adhesión. No obstante – en palabras de Jorge PINZÓN SÁNCHEZ - “tales disposiciones son insuficientes para deducir a partir de ellas un sistema aplicable a las condiciones generales de contratación (...) toda vez que la

de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

³ Art. 334 C.P 1991. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

⁴ Artículo 78 C.P. 1991. “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”.

regulación legal de la contratación mercantil a [la] que se ha hecho referencia, no ha sido concebida como un sistema legal aplicable a la *empresa* en cuanto tal”⁵.

Una de las normas del ordenamiento mercantil que trata el tema de los contratos estándar, es por ejemplo aquella que define lo que se debe entender por el contrato de transporte, así:

Artículo 981. *Contrato de transporte*. “El transporte es un contrato en que una de las partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario. El contrato de transporte se perfecciona por el sólo acuerdo de las partes y se probará conforme a las reglas legales.

También podrá perfeccionarse por simple adhesión, pero en todo caso se ajustará a las disposiciones legales y a los reglamentos oficiales sobre la materia (subrayado por fuera de texto)”.

Este artículo fue subrogado por el artículo 1° del Decreto Extraordinario 01 de 1990⁶, empero es evidente que legislador colombiano otorga una naturaleza contractual a los contratos de adhesión, como pudo mencionarse con anterioridad.

Adicionalmente, no hay que olvidar que en virtud del artículo 822 del Código de Comercio: “los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. Entonces, en virtud de esta remisión expresa del ordenamiento civil al ordenamiento mercantil, en estos temas serán aplicables las normas civiles siempre y cuando no haya una normatividad comercial que regule el tema, de acuerdo con los criterios de especialidad y de restricción del ordenamiento mercantil. Así, conforme al ordenamiento civil, una vez el acuerdo jurídico – sea o no un contrato de adhesión - cumpla con los

⁵ PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Págs.: 184 - 186.

⁶ El artículo 1° del D.E. 01 de 1990, dice lo siguiente: “El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario. El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales. En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra”.

requisitos para su existencia y validez, este se vuelve obligatorio para las partes, (Art. 1602 C.C.)⁷, salvo algunas pocas excepciones⁸.

Finalmente, el artículo 7° del Código de Comercio estipula que “los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3°⁹, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”. De esta forma, de acuerdo con Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, se puede concluir que “de acuerdo con el derecho vigente en Colombia las cláusulas de uso común a que se hace referencia en el Código Civil para efectos de la interpretación de los contratos, así como la utilización de las costumbres mercantiles para *determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles* [Art. 5 Cód. de Co.], no permiten considerar que las condiciones generales de contratación tengan carácter normativo objetivo, esto es, vinculante para quienes no consientan expresa o tácitamente con el contrato cuyo contenido se integra total o parcialmente con sustento en ellas”¹⁰. Es decir que, una vez más, se ratifica la naturaleza contractual – y no normativa – de los contratos estándar.

Entonces, como puede verse, más allá de unas pocas estipulaciones a propósito de contratos específicos – como el de transporte – el Código de Comercio colombiano actual, no regula realmente el fenómeno de la contratación en masa.

⁷ Art. 1602 del Código Civil. “*El contrato es ley para las partes*. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

⁸ Como se dijo anteriormente, una excepción es por ejemplo la *teoría de la imprevisión*, la cual es expuesta por el artículo 868 del actual Código de Comercio colombiano, según el cual: “cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”. Sin embargo, de la lectura de la norma se desprende que para que haya imprevisión se necesita de las siguientes exigencias: (i) se debe tratar de un contrato conmutativo – por lo tanto, la imprevisión no se da en contratos aleatorios; (ii) se debe tratar de un contrato de ejecución sucesiva o diferida – es decir que la imprevisión no se da en contratos de ejecución inmediata; y (iii) la prestación debe estar pendiente de cumplimiento.

⁹ Art. 3° Cód. de Co. “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior”.

¹⁰ PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Pág.: 199 – 202.

2.2.3. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y sus adiciones y/o modificaciones.

Por su parte, el artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), reitera el carácter contractual de los contratos estandarizados al referirse al fideicomiso de inversión, al utilizar en diversas ocasiones la palabra *adhesión*. Así, por ejemplo, el numeral 2° del mencionado artículo dice lo siguiente:

Artículo 151.2. “*Consensualidad del contrato de inversión*. Los contratos de inversión en fondos comunes son consensuales, pero deberá quedar constancia de la adhesión del fideicomitente o fiduciante al reglamento del fondo respectivo aprobado por la Superintendencia Bancaria [hoy Superintendencia Financiera de Colombia] (subrayado por fuera de texto)”.

Por otro lado, la Ley 1328 de 2009 – ley de reforma financiera¹¹ – establece el carácter consensual de los contratos de adhesión en el literal (f) de su artículo 2°, al definir lo que el legislador entiende por estos contratos en materia financiera:

“[los contratos de adhesión] son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”.

Como puede verse, esta definición retoma el concepto de contratos estándar expuesto previamente en este trabajo (“acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene poder de negociación superior, establece un contenido prefijado par todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar” – sección 1.2.1).

Adicionalmente, la Ley 1328 de 2009 es innovadora en el tema de los contratos en masa, al prever que los mismos pueden ser el origen de cláusulas o prácticas

¹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 1328 de 2009. *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*”.

abusivas, siguiendo la tendencia del Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios. Este tema se verá más adelante, en el capítulo 3 de este escrito.

2.2.4. La Ley 527 de 1999, sobre acceso y uso de mensajes de datos, comercio electrónico y firmas digitales, entre otros.

De acuerdo con Ernesto RENGIFO GARCÍA¹², de un examen de la Ley 527 de 1999¹³ se puede concluir que los acuerdos jurídicos electrónicos son contratos estandarizados. Por un lado, el intercambio de informaciones concordantes en el comercio electrónico, es el equivalente a lo que tradicionalmente llamamos acuerdo de voluntades, esto es, aquello en lo que consiste el contrato desde el punto de vista de la noción clásica o tradicional¹⁴. De la lectura del artículo 1502 del C.C colombiano¹⁵, se puede deducir que la firma no es un elemento para el perfeccionamiento del contrato, si bien la práctica ha hecho que sea el medio más frecuente y habitual de expresar el consentimiento, por lo tanto es simple acuerdo de voluntades bastará para que se pueda hablar de acuerdo jurídico.

Por otro lado, el oferente de un producto o servicio en línea lo hace con base en un clausulado que ha predispuesto unilateralmente, con el fin de aplicarlo a una pluralidad de contratos, de tal forma que al adherente sólo le queda la opción de tomar o dejar el negocio.

¹² RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 238.

¹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 527 de 1999. Por la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.

¹⁴ Así, en materia de comercio electrónico, la jurisprudencia extranjera ha reconocido como el *click* el botón de aceptación que aparece en un *website* internacional constituye una expresión positiva de voluntad y, por lo tanto, una forma inequívoca de obligarse, es decir, una forma de expresión del consentimiento. En este sentido, véanse las sentencias de: (i) Hotmail Corporation vs. Van Money Pie Inc., donde un alto tribunal norteamericano de California pronunció el primer fallo sobre la validez del consentimiento expresado mediante un *click* del *mouse*, y (ii) Steven J. Caspi et ál. vs. The Microsoft Network, LLC, et ál., fallo en el que un tribunal norteamericano de New Jersey también estipuló que las partes actoras se había vinculado contractualmente prestando el consentimiento con un *click* del *mouse*. Sentencias expuestas por: GALÍNDEZ, Maricel. “Contratación electrónica. El consentimiento en un ambiente digital”. En: “Derecho de la Alta Tecnología”, N° 141 (2002). Autora citada por: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 238 – 239.

¹⁵ Artículo 1502. *Requisitos para obligarse*. “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz; 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.

Entonces, los contratos electrónicos son en principio contratos estandarizados y – conforme al mencionado artículo 44 de la Ley 527 de 1999¹⁶ – de estos hacen parte, salvo pacto en contrario, las directrices, normas, etc. que sean incorporadas por el predisponente a través de una remisión en el mensaje de datos. Sin embargo, la norma antes mencionada no hace una alusión específica a este tipo de contratación en masa cuando se refiere al comercio electrónico.

2.2.5. El Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios.

Una de las normatividades más importantes y extensas en nuestro país a propósito de los contratos de adhesión, es la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible (Ley 142 de 1994)¹⁷, más conocida como el Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios¹⁸. De acuerdo con Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, dicha norma - que se realizó en desarrollo de lo dispuesto por la Constitución Política de 1991¹⁹ - incluyó dentro de sus disposiciones (Título VIII) la primera reglamentación detallada sobre la contratación estandarizada, relacionada – claro está – específicamente a los contratos de servicios públicos domiciliarios. A continuación se expondrán ciertas precisiones y algunos de los adelantos que introdujo esta normatividad al sistema legal colombiano, todos referidos al tema de la contratación en masa.

Acerca de la naturaleza jurídica de estos contratos de adhesión, las opiniones están divididas: mientras que unos estudiosos del tema estiman que son de naturaleza jurídica *contractual*, otros consideran que son de naturaleza jurídica *mixta*. Así, Jorge PINZÓN SÁNCHEZ argumenta por un lado que son de naturaleza contractual, con fundamento en dos apreciaciones. Primero, en que “las condiciones uniformes son definidas por el empresario para *ofrecerlas a muchos usuarios no determinados* [Art. 128, Ley 142/94], oferta que constituye una declaración unilateral de voluntad que como tal sólo vincula al proponente pero que requiere de la aceptación expresa o tácita de un destinatario específico

¹⁶ Artículo 44. *Incorporación por remisión*. “Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cuando en un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles con la intención de incorporarlos como parte del contenido o hacerlos vinculantes jurídicamente, se presume que esos términos están incorporados por remisión a ese mensaje de datos. Entre las partes y conforme a la ley, esos términos serán jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad en el mensaje de datos”.

¹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 142 de 1994. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”.

¹⁸ En este sentido, véase: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Y, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit.

¹⁹ Ver: Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 365 a 370.

para que en cada caso se produzcan efectos contractuales (...)”²⁰. Y, segundo, en que “dicha naturaleza contractual se confirma por la prevalencia de las condiciones especialmente pactadas en un contrato, frente a las condiciones uniformes”²¹ (Art. 132).

Pero, por otro lado, Ernesto RENGIFO GARCÍA²² opina que este tipo de contratación goza de una naturaleza mixta, “en el sentido de que [los mencionados acuerdos jurídicos] tienen un carácter contractual a la par que reglamentario en la protección de los usuarios”, posición que es sostenida también por nuestra Corte Constitucional en uno de sus fallos²³. De acuerdo con este autor, esta naturaleza mixta se deduce de los artículos 9° sobre derechos de los usuarios²⁴, 133 sobre el abuso de la posición dominantes de la empresas prestadoras²⁵, y 152, el cual

²⁰ PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Págs.: 210 – 211-

²¹ *Ibidem*.

²² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 251.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C - 263 del 13 de junio de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). De acuerdo con la naturaleza mixta de los contratos en masa en el campo de los servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional dijo en esta ocasión lo siguiente: “(...) por lo tanto, dicha relación jurídica [entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios] no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el derecho privado, sino por el derecho público contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante”.

²⁴ Artículo 9° de la Ley 142 de 1994. *Derecho de los usuarios*. “Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a: 9.1.- Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o a las categorías de los municipios establecida por la ley. 9.2.- La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización. 9.3.- Obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes. 9.4.- Solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Parágrafo. Las comisiones de regulación, en el ejercicio de las funciones conferidas por las normas vigentes, no podrán desmejorar los derechos de los usuarios reconocidos por la ley”.

²⁵ A este respecto, hay que recordar que el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, establece algunas cláusulas que el legislador considera que el proveedor de los servicios públicos domiciliarios no puede estipular en los contratos de prestación de dichos servicios, por estimar que las mismas constituyen un abuso de la posición dominante por parte del empresario, en detrimento de los derechos de los usuarios o consumidores. Más adelante en este trabajo se profundizará en el tema.

otorga a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios la posibilidad de presentar peticiones, quejas y recursos²⁶. En esta línea argumentativa, el régimen jurídico de esta particular forma contractual sería: (a) lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; (b) las condiciones especiales que se pacten con los usuarios; (c) las condiciones uniformes que las empresas de servicios públicos predisponen; y (d) las normas del Código Civil y del Código de Comercio.

Adicionalmente, La Ley 142 de 1994 introdujo las siguientes innovaciones respecto del tema de la contratación estandarizada en nuestro país. Por un lado, utiliza el término *usuario* – y no enfatiza en la noción de *consumidor* - entendido como “[toda] persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio (...) a este último usuario se denomina también consumidor” (Num. 33, Art. 14).

Y, por el otro – lo que es probablemente la novedad más importante de esta ley - establece algunas cláusulas que el legislador colombiano considera que no se pueden estipular en los contratos de servicios públicos domiciliarios - entendidos como acuerdos jurídicos de naturaleza adhesiva - por estimar que las mismas constituyen un abuso de la posición dominante por parte del empresario, en detrimento de los derechos de los usuarios o consumidores. Más adelante en este estudio se profundizará a propósito de este tema (capítulo 3 de este trabajo).

2.2.6. Los principios de la Unidroit.

Finalmente, los Principios de la Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales²⁷ también tratan el tema de la contratación estandarizada pero, a diferencia de la normatividad nacional, sí se atreven a definir expresamente lo que se debe entender por las cláusulas generales de contratación, lo cual realiza de la siguiente manera: “[las] cláusulas estándar son aquellas preparadas con

²⁶ Artículo 152 de la Ley 142 de 1994. *Derecho de petición y de recurso*. “Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos. Las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se proceda de acuerdo con tales costumbres”.

²⁷ Según Ernesto RENGIFO GARCÍA, dos son los efectos de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales: sirven de guía para la redacción de los contratos, y pueden servir como elementos para la integración del contrato: (a) mediante la técnica del reenvío; (b) porque constituyen *lex mercatoria*; o (c) porque expresen razones de equidad. En: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 236.

antelación por una de las partes para su uso general y repetido, y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte” (Núm. 2, Art. 2.1.19). Adicionalmente, con miras a proteger al adherente, el artículo 2.1.20²⁸ prohíbe las contrataciones sorpresivas en la contratación estándar y los artículos 2.1.21²⁹ y 2.1.22³⁰ establecen ciertos criterios de interpretación favorables al adherente.

2.2.7. Conclusión.

Luego de lo expuesto anteriormente, se puede concluir que la legislación nacional a propósito de la contratación estándar es muy precaria, pues si bien se centra principalmente en definir el tema de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, no hace realmente ningún esfuerzo por entender el fenómeno ni regular sus consecuencias jurídicas, sociales y económicas, siendo el mejor intento la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios y la Ley 1328 de 2009 (ley de reforma financiera), con sus listas de cláusulas contractuales prohibidas (*lista negra*), por considerar el legislador en estos casos, que dichas conductas constituyen un abuso de la posición dominante.

Estos vacíos normativos generan múltiples de disputas jurídicas en nuestro país, pues los adherentes, insatisfechos con su situación, recurren a la justicia colombiana, como lo evidencian incontables sentencias de los tribunales de arbitramento, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado³¹. Dichos fallos, consisten principalmente en el examen de las cláusulas de los contratos de adhesión o contratos a condiciones generales, con el objeto de determinar si las mismas son o no son abusivas; sin embargo, dichos fallos tampoco examinan las consecuencias del fenómeno de la contratación estándar como tal, como se podrá ver a continuación.

²⁸ Principio 2.1.20 de Unidroit. “*Clausulas sorpresivas*. (1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”.

²⁹ Principio 2.1.21 de Unidroit. “*Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar*. En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”.

³⁰ Principio 2.1.22 de Unidroit. “*Conflicto entre formularios*. 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, 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”.

³¹ Algunos de estos fallos aparecen en: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 301 a 369. Y, SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”, Tomo I. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Bogotá (1996). Págs.: 256 a 267.

2.3. LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS DE ADHESIÓN EN COLOMBIA

2.3.1. La Corte Suprema de Justicia.

Dentro de los fallos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, relativos a los contratos de adhesión, se pueden destacar los siguientes en sus apartes más importantes.

Primero, la sentencia del 12 de diciembre de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel) que reconoció la improcedencia de regular los contratos en masa con las normas propias de la contratación clásica y evidenció que los mecanismos de protección al adherente son insuficientes ante los peligros que puede traer consigo la contratación estandarizada, por consistir en acuerdos jurídicos que no se dan en condiciones de *igual a igual*. No obstante, dicha sentencia también reconoció que la mayoría de civilistas le otorgan una naturaleza contractual a los acuerdos jurídicos en masa, limitando su alcance a la sola exposición de la teoría *reglamentaria*³² de los acuerdos estándar.

Segundo, el fallo de septiembre de 1947³³, en el que analizando la naturaleza de los contratos de transporte celebrados por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la CSJ los calificó como verdaderos contratos de adhesión, corroborando así su carácter contractual, si bien se inclinó por sugerir que los acuerdos jurídicos estándar deberían ser considerados como *actos jurídicos unilaterales* y no como *contratos*. Igualmente, en este pronunciamiento se observaron las dificultades que plantean las normas sobre interpretación en los contratos de adhesión, lo cual facilitó un análisis a favor del adherente en sentencias posteriores.

³² De acuerdo con los expositores de la teoría *reglamentaria* de los acuerdos a condiciones generales - según el citado fallo jurisprudencial - “la voluntad de quien hace la oferta basta por sí sola para determinar el contrato y los efectos del acto: ella es la que crea la obligación (...) la adhesión no desempeña sino un papel secundario; ella no contribuye a la formación del acto sino que viene a ser una condición necesaria y accesorio, a la vez, para la eficacia de aquel”. Por lo tanto, teniendo en cuenta esta doctrina, se replantean la obligatoriedad de los contratos de adhesión, y los principios interpretativos de los actos jurídicos. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 12 de diciembre de 1936”. M.P. Eduardo Zuleta Ángel.

³³ Jaime Alberto Arrubla Paucar cita esta sentencia pero no especifica ni la fecha exacta de la misma, ni el magistrado que le elaboró. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Págs.: 94 – 95.

Tercero, la providencia del 28 de mayo de 1963 (M.P. José Hernández Arbeláez), que si bien confirmó el carácter vinculante de los contratos de adhesión (“que el acuerdo se forme por libre discusión entre las partes o porque una de ellas adhiera a cláusulas invariables de ofertas generales de contratación, no hace al fondo mismo de la obligatoriedad, igual en principio para ambas hipótesis [...]”), también reconoció la necesidad de emplear criterios interpretativos distintos a los clásicos, al momento de estudiar los contratos en masa.

Cuarto, la sentencia del 15 de diciembre de 1970 (M.P. Guillermo Ospina Fernández)³⁴, en la que examinando el punto de incidencia que tiene la autonomía privada en los contratos de adhesión, la CSJ concluyó que en los contratos estándar actúa la autonomía privada y – por lo mismo - en principio, todas sus cláusulas son obligatorias, aún las cláusulas abusivas, siempre que no vulneren las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Así, en palabras de la Corte:

“Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren en su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aún así, aquélla ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo (...) Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente”.

En este fallo, la Corte también enfatizó que es al legislador, y no al juez, a quién le corresponde la tarea de evitar la inserción de cláusulas abusivas en los contratos.

Quinto, la sentencia del 29 de agosto de 1980 (M.P. Humberto Murcia Ballén), en la que se dijo que “solamente las cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos deben ser interpretadas a favor de la parte que da su consentimiento por adhesión. Cuando son claras, terminantes y precisas, no, aunque aparezcan ante el juez exageradas, rigurosas, y aún odiosas tales estipulaciones”.

³⁴ Con similar alcance consúltese el fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 27 de 1997 (M.P. Rafael Romero Sierra).

Sexto, la providencia del 2 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), que estipuló avances importantes en el tema de la contratación en masa, al decir que: (i) la legislación comparada y la doctrina universal – incluyendo las colombianas – han mostrado la necesidad de delimitar el contenido de la contratación estándar, para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del adherente, como por ejemplo, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) con su *lista negra*; (ii) las cláusulas abusivas son de mayor uso en la contratación estandarizada, si se tiene en cuenta que en los acuerdos jurídicos a condiciones generales no hay una negociación; y (iii) que el predisponente que inserta cláusulas abusivas en los contratos en masa, abusa no sólo de su derecho y de su específica posición dominante en la relación contractual, sino también de la confianza que el adherente deposita en él (principio de buena fe), contrariando así disposiciones constitucionales tan importantes como los derechos de los consumidores (Art. 78 C.N 91).

Y, por último, la sentencia del 27 de agosto de 2008 (M.P. William Namén Vargas), que dijo lo siguiente:

“Constituyendo un negocio jurídico por o de adhesión (...) no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo per se, ni el favor pro adherente e *interpretatio contra stipulatorem*, contra *preferentem*, actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó”.

Entonces, se puede ver cómo, con respecto a la actividad jurisprudencial, una revisión de los fallos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde 1936, señala que no se puede observar una tendencia evolutiva real a propósito de los contratos de adhesión, siendo los fallos jurisprudenciales muchas veces contradictorios a propósito de la posición que se debe adoptar frente a los mismos. No obstante, se pueden concluir dos cosas: (i) que, por regla general, la controversia antigua y actual se dedica al problema de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión y, por lo mismo, al de la obligatoriedad de estos negocios, sin preocuparse de la función económica y social que cumplen dichos acuerdos jurídicos³⁵; y (ii) que en todo caso, predomina el respeto por el principio

³⁵ En este sentido, véase: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Contratos de Adhesión”. En: Contratos mercantiles (Tercera edición, Vol. II), Biblioteca Jurídica Dike, Medellín (1998). Págs.: 93 – 101.

de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, la obligatoriedad incontestable de dichos acuerdos jurídicos³⁶. Sin embargo, llama la atención la sentencia del 2 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), pues no sólo se refiere al desequilibrio contractual entre las partes del negocio en masa y rechaza el uso de cláusulas abusivas de frecuente empleo en la contratación estandarizada, sino que también incita para que haya una regulación de los contenidos abusivos en este tipo de acuerdos jurídicos.

2.3.2. La Corte Constitucional.

Por otro lado, son diversos los fallos de la Corte Constitucional a propósito de los contratos de adhesión. Sin embargo, si bien dichas sentencias son abundantes en cuanto al examen del abuso del derecho en la contratación estandarizada, también son escasas en cuanto al examen de los efectos jurídicos y económicos de la misma. Algunos magistrados de la Corte Constitucional – los doctores José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Caballero – de cierta forma reconocieron este problema en el salvamento de voto de la sentencia No. C – 070 de febrero 25 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), al enfatizar en la necesidad de diferenciar los contratos de adhesión del resto de acuerdos jurídicos, por reconocer los intereses sociales que involucran. Empero, vale la pena mencionar la providencia No. T – 517 del 7 de julio de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), que constituye un gran adelanto en la protección de los derechos de los adherentes al establecer y/o reconocer: (i) la procedencia de la tutela frente a los abusos que se pueden dar con los acuerdos jurídicos en masa; (ii) que si bien se tiene como premisa general la libertad contractual, su ejercicio no puede ser arbitrario, sobre todo en actividades de interés general, pues se deben tener en cuenta consideraciones sociales y ecológicas más importantes³⁷, y principios, valores y prerrogativas constitucionales de igual o de mayor valor, como la primacía del interés general y la solidaridad social³⁸.

2.3.3. Conclusión.

Si bien los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional son escasos en cuanto al análisis de las consecuencias sociales, jurídicas y económicas de los contratos de adhesión, los mismos son más abundantes al

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ En este sentido, ver también: CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T-375 del 14 de agosto de 1997”. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁸ En este sentido, ver: CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T-240 del 23 de junio de 1993”. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

momento de estudiar el fenómeno de cláusulas contractuales abusivas en la contratación moderna, dentro de la cual se incluyen los contratos en masa, como se expondrá en el próximo capítulo (capítulo 3).

2.4. CONCLUSIÓN: EL FENÓMENO DE LOS CONTRATOS ESTÁNDAR ES UNA PRÁCTICA POCO O NADA EXPLORADA POR EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

De acuerdo con lo expuesto por Enrique RENGIFO GARCÍA - no está de más afirmar que, con seguridad, la regulación de los contratos en masa es la más trascendental modificación, o revolución teórica que deberá presentar el derecho de la contratación, desde la codificación³⁹. En la actualidad, la práctica de la contratación estandarizada se presenta como una realidad indiscutible para todas las personas, en casi todas las áreas de su vida cotidiana.

Sin embargo, el problema real es que el derecho privado colombiano - aferrándose a postulados tradicionales – no vislumbra ninguno de los problemas que en la realidad presenta el fenómeno de la contratación estandarizada, sobre todo en lo relativo a la posición abusiva que los predisponentes pueden adoptar en detrimento de los intereses de los consumidores. Así, dichas dificultades son analizadas con un sistema jurídico clásico, poco o nada preparado para afrontarlas, como lo demuestran las normas y jurisprudencia en este estudio citadas⁴⁰. Como se pudo ver con anterioridad, las múltiples normas y sentencias mencionadas se centran en tratar los temas de la naturaleza jurídica y de la obligatoriedad de los contratos de adhesión a condiciones generales, llegando a soluciones propias del derecho tradicional. De hecho, la sentencia del 15 de diciembre de 1970 de la Corte Suprema de Justicia⁴¹, se atreve a afirmar que en principio todas las cláusulas de los contratos de adhesión son obligatorias – incluso las abusivas - siempre que no vulneren las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

No obstante, hay esperanzas de cambios, como lo demuestran ciertos apartes de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. Por un lado, la sentencia del 2 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), que reconoce el empleo frecuente de cláusulas abusivas en la

³⁹ Ver: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 200 – 201.

⁴⁰ En este sentido, ver: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 75.

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. “Sentencia del 15 de diciembre de 1970”. M.P. Guillermo Ospina Fernández, Gaceta Judicial CXXXVI. Con similar alcance consúltese el fallo de octubre 27 de 1997 (M.P. Rafael Romero Sierra).

contratación estandarizada, rechaza la utilización de estas cláusulas y evidencia la necesidad de delimitar el contenido de la contratación en masa para evitar abusos por parte del predisponente; y la sentencia de la CSJ de septiembre de 1947, donde los magistrados evidenciaron la dificultad de aplicar las normas clásicas de interpretación de los acuerdos jurídicos a los contratos estándar, posibilitando así criterios de interpretación más favorables al adherente, teniendo en cuenta las características de los contratos de adhesión⁴².

Y, por el otro lado, la providencia No. T – 517 del 7 de julio de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) de la Corte Constitucional, que constituye un gran adelanto en la protección de los derechos de los adherentes, al reconocer la procedencia de la tutela frente a los abusos que se pueden dar con los acuerdos jurídicos en masa, y al establecer el uso no arbitrario de la premisa general de la libertad contractual, teniendo en cuenta postulados constitucionales y consideraciones ecológicas y sociales; y el salvamento de voto de la providencia No. C – 070 de 1993⁴³, donde los doctores José Gregorio HERNÁNDEZ, Ciro ANGARITA y Alejandro CABALLERO, no sólo enfatizan en la necesidad de diferenciar los contratos de adhesión del resto de acuerdos jurídicos, por reconocer los intereses sociales que involucran, sino que también reiteran que los contratos no pueden ignorar los intereses sociales, beneficiando únicamente el interés particular.

Autores como Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, proponen que ante el fenómeno de la contratación estandarizada, en vez de tratar de adecuar la normatividad vigente, se debería optar por identificar principios y criterios utilizables a las nuevas realidades en la elaboración de nuevas leyes, así como en la *armonización* del derecho tradicional con las prácticas comerciales actuales⁴⁴.

⁴² Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR cita esta sentencia pero no especifica ni la fecha exacta de la misma, ni el magistrado que le elaboró. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Págs.: 94 – 95.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Salvamento de voto de la sentencia C – 070 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), de los doctores José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Caballero”.

⁴⁴ Ver: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Págs.: 181 y 184.

III. EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS GENERALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA, FRENTE AL TEMA DE LA CONTRATACIÓN EN MASA

3.1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, el problema que plantean los contratos de adhesión es el carácter abusivo que pueden tener algunas de sus cláusulas, en detrimento de los intereses de los adherentes. A este respecto, es pertinente tener en cuenta dos cuestiones fundamentales. Por un lado, que el concepto de *cláusula abusiva* se deriva del tratamiento que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, le han dado a las condiciones generales, como medida de protección de los consumidores y adherentes¹. Así, de acuerdo con Carlos Alberto SOTO:

“En la contratación masiva serán abusivas las cláusulas que atendiendo al principio de la buena fe como fuente de integración del contrato, atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes; igualmente serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, o cuando en general desnaturalicen la relación creada por el contrato”².

¹ En este sentido ver: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 195 – 196. Además, de acuerdo con la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, las cláusulas abusivas se deben combatir - entre otros - por cuanto la misma Carta Política de Colombia de 1991 estipula: (i) que es deber de todas las personas “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (Num. 1º, Art. 95); (ii) que es deber del ente estatal – por mandato de la ley – evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (Inc. 2º, Art. 333); y (iii) que los consumidores y usuarios - como colectividad – son un grupo protegido (Art. 78). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 2 de febrero de 2001”. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

² SOTO, Carlos Alberto. “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”. En: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2000). Pág.: 422.

En este mismo sentido se pronuncia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en uno de sus fallos³, al estipular que es abusiva la cláusula contractual que “favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente al adherente”⁴.

Y, por otro lado, que debido a la expansión del fenómeno de la contratación estandarizada – presente tanto en las actividades comerciales como en el desarrollo de las profesiones liberales – en la actualidad los *adherentes* no se pueden identificar únicamente con los *consumidores*⁵, sino también con todas aquéllas personas que decidan vincularse a un contrato de adhesión, es decir, a un acuerdo jurídico en el que se evidencie la asimetría contractual de las partes⁶; y – correlativamente - el *predisponente* tampoco puede identificarse exclusivamente con el *comerciante* o *empresario*. El Código Civil peruano de 1984 se perfila en esta dirección, al establecer un régimen de protección ante los contratos estándar, que no distingue entre proveedores y consumidores para su aplicación.

Sin embargo, en este trabajo sólo se analizarán las herramientas contractuales de protección jurídica de los consumidores, primero, debido a la extensión del tema y, segundo, teniendo en cuenta que: (i) el mercado de bienes y servicios es de

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 2 de febrero de 2001”. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. En este pronunciamiento, la Corte analizó la presencia de una cláusula abusiva en un contrato de seguro – acuerdo jurídico de adhesión – en lo referente a los mecanismos probatorios del beneficiario y determinó que es abusiva la cláusula contractual que limita de manera indebida los medios de prueba del siniestro.

⁴ *Ibidem*. Según la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil - las características propias de las cláusulas contractuales leoninas son las siguientes: (i) su negociación nunca es individual; (ii) vulneran el principio de la buena fe objetiva; y (iii) generan un desequilibrio en las prestaciones contractuales de las partes, en detrimento de una de ellas.

⁵ De acuerdo con el literal c) del artículo 1° del Estatuto del Consumidor colombiano, *consumidor* es “toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”. Sin embargo, a este respecto se considera más acertada la definición de la Ley General española para la defensa de los consumidores y usuarios de julio 19 de 1984 (Ley 26/1984), que estipula que por *consumidor* se entenderá todas “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes producen, facilitan, suministran o expiden” (Num. 2°, Art. 1°).

⁶ En este entendido, el adherente puede también llegar a ser un empresario: “en efecto, es de sobra conocido que a través de la imposición de condiciones generales de la contratación, mediante contratos normativos, por parte de los empresarios más fuertes de un sector, también pueden darse abusos en contra de empresarios débiles, creándose así verdaderas restricciones indebidas a la libre competencia”. Esto es especialmente importante, en las relaciones comerciales exteriores entre empresarios de países distintos. Para profundizar en el tema, ver: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano”. Op. Cit. Págs.: 205 – 207.

aquéllos que funciona primordialmente a través de contratos estándar⁷; (ii) en mercados con muchas transacciones – como el mercado de bienes y servicios – los problemas que se presentan con la implementación de los contratos estandarizados son a gran escala⁸; y que (iii) la Constitución Política de Colombia de 1991 considera a los *consumidores* como un *grupo* o *colectividad* merecedora de protección, gracias al importante rol que juegan en el mercado y, de manera general, en la economía de un país. En este sentido, la Carta Política colombiana de 1991 establece lo siguiente:

Artículo 78. “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”.

Por este motivo, a continuación se expondrán – de manera muy somera - los diversos mecanismos de protección jurídica de los consumidores en nuestro país, analizando si los mismos son o no son adecuados para contrarrestar los efectos negativos de la contratación estandarizada. Así - de acuerdo con Ernesto RENGIFO GARCÍA⁹ - las formas de control de la equidad de las relaciones contractuales, sometidas a condiciones o estipulaciones generales, se suelen clasificar de la siguiente manera: control legal (aunque en este trabajo se denominará *normativo*, pues – se considera que no sólo abarca leyes), control administrativo y control judicial.

⁷ Ver: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit. Pág.: 3 – 4.

⁸ *Ibíd.*

⁹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 192 – 193.

3.2. LOS MECANISMOS NORMATIVOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

Cuando es el propio creador de las normas, quién establece los parámetros en la contratación para que la misma no incluya cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, o consagra mecanismos para que el consumidor pueda defender sus intereses, estamos refiriéndonos a esta clase de mecanismos.

3.2.1. La Constitución Política de 1991.

Hay varias normas constitucionales que se deben tener en cuenta a la hora de analizar la protección del consumidor en el derecho colombiano.

De acuerdo con el artículo 333 C.N¹⁰, la libertad económica y la iniciativa privada – marco en el cual se desarrolla la libertad contractual - son libres, pero dentro de un régimen económico en el cual la dirección de la economía corresponde al ente estatal, conforme al artículo 334 C.N¹¹. Por lo tanto, la libertad contractual tiene algunos límites en su ejercicio y puede estar sujeta a controles estatales, si bien la Constitución Política de 1991 no especifica bien ni los unos ni los otros; empero, de una lectura cuidadosa de varios de los articulados de la actual Carta Política, se puede observar lo siguiente:

¹⁰ Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia de 1991. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

¹¹ Artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

Primero, que si se considera que el contrato es un instrumento al servicio de la libertad económica, es evidente que éste estará sujeto a los límites del bien común (Art. 333).

Segundo, que si se afirma que el contrato se celebra y ejecuta como expresión de la libertad empresarial, en éste se deberán reflejar las obligaciones que implican la función social que tiene la empresa con base en el desarrollo de la comunidad (Art. 333).

Tercero, que si se argumenta que a través del contrato se materializa el ejercicio de la propiedad privada, entonces en los contratos se deberán tener en cuenta las funciones social y económica que se predicán de ese derecho (Art. 58 C.N.)¹².

Cuarto, que en todo caso la libertad para contratar no puede vulnerar la dignidad humana o desconocer la prevalencia del interés general, pues el Estado colombiano se fundamenta en estos principios (Art. 1° C.N.)¹³.

Y, quinto, que es una obligación constitucional y legal el respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (Num. 1, del Art. 95 C.N.)¹⁴. Así, es deber del ente estatal – por ejemplo - vigilar por que las personas y empresas no abusen de su posición dominante en el mercado nacional (Art. 333 C.N.).

¹² Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia de 1991. “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio (Modificado por Acto Legislativo Número 1 de 1999)”.

¹³ Artículo 1° de la Constitución Política de Colombia de 1991. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹⁴ Artículo 95 de la Constitución Política de 1991. “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (1) Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (...).”.

Sin embargo, si bien el ordenamiento constitucional colombiano establece unos límites y controles claros a la libertad económica y a la iniciativa privada, de una lectura de las normas constitucionales aquí citadas no se evidencia como dichas restricciones se pueden hacer efectivas en el ámbito contractual. A este respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones, sobre todo en lo relativo a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para la protección del consumidor cuando con un acuerdo jurídico se le vulneran derechos fundamentales, como se verá más adelante en este trabajo.

3.2.2. Las herramientas jurídicas de control económico.

Como su nombre lo indica, la función de estos mecanismos es propender porque el acuerdo jurídico mantenga un equilibrio económico, ya sea en la misma celebración del contrato – evento en el cual se hablará de *lesión enorme* – o durante la ejecución del negocio jurídico – caso en el cual se estaría haciendo referencia a la *teoría de la imprevisión*. Por lo tanto, este tipo de mecanismos no se refieren a las cláusulas abusivas – figura que se utiliza para restablecer el equilibrio cualitativo del acuerdo jurídico – si bien también propenden por proteger al adherente o consumidor ante los posibles abusos de los empresarios en la contratación, incluyendo la estandarizada.

Sin embargo, si bien la lesión enorme es una figura que busca restituir el equilibrio contractual cuando este es vulnerado en el momento de la celebración del contrato, la misma es excepcional y taxativa, tal y como lo demuestran varios de los artículos del Código Civil de nuestro país. De esta forma, el acto jurídico es nulo relativamente por la lesión enorme, únicamente respecto a la compraventa (Arts. 1946 y ss. del C.C.) y permuta de bienes inmuebles (Art. 1958 del C.C.), la partición de bienes (Art. 1405 del C.C.) y la aceptación de una asignación sucesoral (Art.1291 del C.C.)¹⁵. Y, el reajuste judicial es necesario ante la existencia de lesión enorme, solamente en los eventos de la estipulación de los intereses en el mutuo, en la anticresis y en la cláusula penal¹⁶. Entonces, esta figura no es de ayuda en el manejo del contenido abusivo en los contratos de adhesión referidos al consumo de bienes y servicios, por los limitantes en su aplicación.

¹⁵ De acuerdo con el doctor Carlos Darío Barrera, la jurisprudencia ha extendido la figura de la lesión enorme a la dación en pago. Empero, no ahondaremos en el tema pues no lo consideramos importante para efectos de este trabajo.

¹⁶ Ver: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. (2000) Op. Cit. Pág.: 286.

Por otro lado, la teoría de la imprevisión (Art. 868 Cód. de Co.) como mecanismo para proteger a los consumidores de los abusos en la contratación estandarizada no es tan eficaz, si se tiene en cuenta todos los requisitos que se necesitan para su implementación. De la lectura de la norma, se desprende que para que haya imprevisión se necesita de las siguientes exigencias: (i) se debe tratar de un contrato conmutativo – por lo tanto, la imprevisión no se da en contratos aleatorios; (ii) se debe tratar de un contrato de ejecución sucesiva o diferida – es decir que la imprevisión no se da en contratos de ejecución inmediata; y (iii) la prestación debe estar pendiente de cumplimiento¹⁷, de tal forma que sólo si se cumple con todos estos requisitos el juez ordenará los reajustes que la equidad indique y, de no ser posible, la terminación del contrato.

3.2.3. Las herramientas jurídicas de control subjetivo.

Al contrario de las herramientas jurídicas para el control económico de los acuerdos jurídicos, los mecanismos para el control subjetivo de los contratos no se refieren a los bienes y servicios que vayan a ser proporcionados, ni a la contraprestación que haya de pagarse por ellos, sino que buscan preservar el equilibrio cualitativo de los acuerdos jurídicos, o mejor, vigilar el contenido de los contratos. Es decir que – conforme con lo expuesto por Ernesto RENGIFO GARCÍA¹⁸ – “el control sustancial a las cláusulas generales de contratación no está dirigido a sacrificar la autonomía privada, sino a combatir formas de desequilibrio manifestadas en cláusulas abusivas”. Así - de acuerdo con este autor - desde el punto de vista del derecho tradicional la corrección del carácter abusivo de los contratos estándar, o mejor, el control a su contenido en nuestro país, se ha realizado mediante el uso de los siguientes medios: (i) a través de la institución de los vicios del consentimiento; (ii) con el empleo de los criterios para la interpretación de los acuerdos jurídicos; (iii) mediante la aplicación del principio de buena fe; y (iv) con la utilización del principio del abuso de derecho, más específicamente del abuso en el ejercicio del derecho a la libre contratación¹⁹.

Uno de los requisitos para la validez del acto jurídico – so pena de la nulidad del mismo – es que el consentimiento de las partes del acuerdo jurídico esté exento de vicios, tales como el error, la fuerza y el dolo (Arts. 1502 y 1508 C.C.). En este

¹⁷ Cuando la imprevisión se da en el derecho público, la prestación no debe estar pendiente de cumplimiento sino que por el contrario la prestación se debe cumplir, pues sólo después de realizada se puede pedir la revisión del acuerdo jurídico por el juez, teniendo en cuenta que el interés público está de por medio en estos contratos.

¹⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 192 y 205.

¹⁹ Sin embargo, Ernesto RENGIFO GARCÍA también enfatiza en la importancia de que el derecho dispositivo devenga obligatorio tratándose de contratos de adhesión, para evitar la inserción de cláusulas abusivas en la contratación en masa. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág. 193.

entendido, podría hacerse una aplicación extensiva de los vicios de la voluntad para evitar la impunidad de los abusos en los contratos estandarizados, no obstante el problema para el adherente es su demostración en juicio.

Por otro lado, conforme lo han evidenciado tanto la jurisprudencia como la doctrina colombianas²⁰, las reglas de interpretación también sirven como mecanismos para el control de los excesos de la contratación en masa. Sin embargo – en palabras de Ernesto RENGIFO GARCÍA²¹ - “una cosa es la interpretación de un contrato cuyo contenido ha sido discutido y elaborado por las partes y otra cosa será la interpretación de un negocio cuyo clausulado ha sido previamente prefijado o predispuesto por una de las partes”, pues, si bien los acuerdos jurídicos estandarizados son contratos, “sus métodos de interpretación son diferentes en la medida en que el sentido de la interpretación no es auscultar la voluntad común, sino interpretar lo mejor para el consumidor o adherente en caso de duda u oscuridad del clausulado”. En este sentido también se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 28 de mayo de 1963 (M.P. José Hernández Arbeláez) sostuvo lo siguiente:

“Que el acuerdo se forme por la libre discusión entre las partes o porque una de ellas adhiera a cláusulas invariables de oferta generales de contratación, no hace al fondo mismo de la obligatoriedad, igual en principio para ambas hipótesis, aunque, sin embargo, haya de variar el criterio interpretativo, que por la naturaleza de las cosas debe favorecer a quien adhiere a cláusulas que en forma alguna redactara”.

²⁰ Véanse, por ejemplo: en la jurisprudencia, la sentencia del 12 de diciembre de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel) y la sentencia del 28 de mayo de 1963 (M.P. José Hernández Arbeláez) de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; y en la doctrina, RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “Del abuso del derecho, al abuso de la posición dominante”, segunda edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. (2004). Págs.: 192 – 211. A propósito de la sentencia del 12 de diciembre de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel) de la Sala de Casación Civil, la Corte Suprema de Justicia – al pronunciarse respecto de las obligaciones alternativas de la aseguradora ante la ocurrencia del siniestro, la sustitución o reposición de la cosa o el pago del valor de la misma - dijo que a pesar de que el Código Civil no se ocupó de los contratos a condiciones generales, pues éstos surgieron como resultado de las transformaciones económicas y sociales que se dieron luego de su expedición, como medio de protección a los adherentes ante los excesos en los que pueden incurrir los predisponentes en los contratos de adhesión, se pueden utilizar los siguientes mecanismos de interpretación: (i) la regla de interpretación según la cual las cláusulas ambiguas redactadas por sólo una de las partes, se interpretan contra ésta; (ii) la regla de interpretación según la cual se debe preferir la intención de las partes, frente a lo literalmente escrito por ellas; y (iii) y el criterio de interpretación según el cual ante dos cláusulas contractuales incompatibles, se debe preferir aquella que mejor exprese la voluntad del adherente. Págs.: 674 – 684.

²¹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 206 - 211.

Por este motivo, la doctrina y la jurisprudencia nacional han propuesto criterios interpretativos que se adapten a las nuevas realidades de la contratación moderna²². Así, conforme a Ernesto RENGIFO GARCÍA, las reglas de interpretación que se deben adecuar al entorno contemporáneo son las siguientes: (i) la regla de la prevalencia²³; (ii) la regla de la condición más beneficiosa²⁴; (iii) la regla de la condición más importante²⁵; (iv) la regla de la interpretación *contra proferentem*²⁶; y (v) la regla de la interpretación restrictiva²⁷.

No obstante, como la misma doctrina y jurisprudencia nacional citadas anteriormente lo recalcan, los criterios de interpretación sólo constituirán mecanismos para el control subjetivo de las cláusulas abusivas estándar, en la medida en que los mismos se adopten la extensiones o adecuaciones hechas por la doctrina y, parcialmente, por la jurisprudencia, conforme a las circunstancias del comercio moderno, tal y como de alguna forma intentó hacerlo el legislador colombiano en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994)²⁸ y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)²⁹. Empero, un ejemplo de que esto no ha sucedido sino en una pequeña escala, es el criterio de interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, pues si bien la doctrina ha enfatizado en que las cláusulas contractuales siempre se deben interpretar en el sentido en que resulten más favorables al adherente o al consumidor en los contratos de adhesión, sin importar que las mismas no sean ni ambiguas ni oscuras, por considerarse que el predisponente se encuentra en una posición más fuerte que el consumidor o adherente (*interpretatio pro*

²² Ibídem. Pág.: 211 - 213

²³ La regla de la *prevalencia* quiere decir que cuando exista una discrepancia entre una cláusula general y una cláusula particular, prevalecerá esta última pues se considera que refleja mejor la intención de las partes. En: Ibídem.

²⁴ El criterio de la *condición más beneficiosa* – propia de los contratos con consumidores y usuarios - significa que en caso de discrepancia entre una condición general y una cláusula particular, se debe optar por la que resulte más beneficiosa para el adherente. En: Ibídem.

²⁵ La regla de la *condición más importante* se aplica en caso de divergencia entre condiciones generales, se deberá dar prevalencia a la cláusula o condición estándar de mayor trascendencia en la economía del contrato, es decir, a aquellas que establecen en núcleo central de las prestaciones contractuales. En: Ibídem.

²⁶ El criterio de interpretación *restrictiva*, es aquel según el cual las cláusulas generales se deben interpretar – como su nombre lo indica - de manera restrictiva. En: Ibídem.

²⁷ El criterio de interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem* significa que, ante una situación de oscuridad, ambigüedad o contradicción interna, las cláusulas contractuales ambiguas o dudosas se interpretarán en contra de quien las redactó, pues se busca evitar que quién las escribió se favorezca indebidamente de su labor. En: Ibídem.

²⁸ Los criterios de interpretación de la prevalencia y de la condición más importante o beneficiosa, adecuados al comercio moderno, son consagrados por los artículos 30 y 132 del Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios.

²⁹ Igualmente, el criterio de la interpretación más importante o beneficiosa es consagrado por Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), en sus principios 2.1.21 y 2.1.22.

consumatore), la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha aferrado a la consagración clásica de dicho criterio interpretativo (Art. 1624 C.C.), al decir que:

“(…) cuando el pensamiento y querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación (…) incluso cuando algunas de las cláusulas aparezcan como rigurosas o desfavorables para uno de los contratantes”³⁰.

Entonces – en opinión de la Corte en este fallo- sólo cuando los términos contractuales sean oscuros o confusos, los mismos deberán ser interpretados por el juez a favor del adherente.

Otra herramienta jurídica para realizar un control subjetivo de los contratos estándar, es el principio de la buena fe, pues – en relación con los contratos de adhesión – se presenta como “un conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la justicia interna del contrato (…) la buena fe, en este sentido, es lo que el contratante normal espera de la otra parte contratante”³¹. Es por este motivo que se ha llegado a afirmar que las cláusulas abusivas son aquéllas que, atendiendo al principio de la buena fe, atribuyen derechos excesivos al predisponente y/o imponen obligaciones y cargas desmesuradas al adherente o consumidor³², generando con ello un desequilibrio significativo en las prestaciones del acuerdo jurídico.

El artículo 83 de la Constitución Política de 1991, dispone que: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Y, en desarrollo de la estipulación constitucional, el Código de Comercio actualmente vigente: (i) establece que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (Art. 871); y (ii) impone a los contratantes la obligación de actuar con buena fe exenta de culpa en

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 29 de agosto de 1980”. M.P. Humberto Murcia Ballén.

³¹ *Ibidem*.

³² SOTO, Carlos Alberto. Op. Cit. Pág.: 422.

la etapa pre-contractual, so pena de indemnizar los perjuicios causados (Art. 863). Entonces, el principio de la buena fe es una importante herramienta de interpretación de los acuerdos jurídicos e, incluso, un mecanismo del que podría deducirse una responsabilidad concreta o contractual ante la imposición de cláusulas abusivas, con el objeto de proteger al adherente o consumidor.

Sin embargo, si bien las normas de la contratación privada colombiana son claras en cuanto a que los contratantes deben actuar de buena fe, tanto en los tratos preliminares como durante la relación jurídica contractual, las mismas no son suficientes para proteger al adherente o consumidor de los excesos que se pueden dar en la contratación masiva, como se podrá ver a continuación. Primero, porque conforme al mismo artículo 83 de la actual Carta Política y el artículo 835 del Código de Comercio³³, la buena fe de las personas - en general - se presume, salvo que la ley diga lo contrario, con lo cual se le impone una carga adicional al adherente pues deberá demostrar la mala fe del predisponente en juicio. Segundo, porque los tratos preliminares son inexistentes en la contratación masiva, de ahí la dificultad de aplicar el deber de buena fe pre-contractual para el control de las cláusulas abusivas en la contratación estándar³⁴. Y, tercero, porque en un intento por delimitar los alcances del principio de la buena fe en el derecho contractual colombiano, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia – en providencia del 21 de mayo de 2002 (M.P. Silvio Fernando Trejos) - estipuló que si bien dicho principio es un importante criterio de interpretación de los contratos, el mismo no se puede aplicar al punto de desconocer cláusulas contractuales del acuerdo jurídico que sean una expresión del ejercicio legítimo de un derecho, no importa que el negocio en cuestión sea adhesivo. Por lo tanto, el adherente o consumidor encuentra una dificultad más a la hora de buscar la protección de sus intereses, pues el predisponente se podrá defender argumentando que la cláusula contractual impuesta es el desarrollo de una prerrogativa legítima que la ley le otorga.

³³ Artículo 835 del Código de Comercio de Colombia de 1971. “*Presunción de buena fe*. Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue mala fe o la culpa de una persona, o afirmé que está conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”.

³⁴ De acuerdo con Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR³⁴, este deber de buena fe pre – contractual en la contratación masiva, debería concretarse expresamente en una obligación especial de información, consistente en suministrar al consumidor toda la información necesaria acerca de todos los bienes y servicios involucrados en el negocio. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 84 - 92. Este deber de alguna forma es retomado por el artículo 14 del Estatuto del Consumidor en Colombia, al consagrar un deber de información del empresario y, correlativamente, un derecho de información del consumidor o usuario, a propósito de los componentes y propiedades de los bienes ofrecidos, en el sentido de que dicha información debe ser veraz y suficiente. Esto es especialmente importante en todo lo relacionado con la publicidad, las marcas y las leyendas, etc., en el entendido de que las mismas deben corresponder con la realidad, so pena de sanción al productor.

El último de los mecanismos de control subjetivo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, es el llamado *abuso del derecho*, figura que ha sido desarrollada tanto por la ley como por la jurisprudencia de nuestro país³⁵.

Si bien este principio “ya había sido aceptado en nuestro medio y constituía (...) un sólido fundamento, no sólo para derivar de él indemnizaciones de perjuicios, sino también para deducir restricciones en el ejercicio de los derechos subjetivos de origen legal o contractual, y para identificar lo *abusivo* con lo *ilegal*”³⁶, el Código de Comercio actualmente vigente en Colombia consagró expresamente la figura del abuso del derecho, señalando la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del mismo (Art. 830)³⁷, teniendo en cuenta la Reforma Constitucional de 1936 – que consagró como directrices constitucionales la intervención del Estado en la economía y la función social de la propiedad – y el proceso de industrialización que comenzó en Colombia luego de la Segunda Guerra Mundial.

De acuerdo con Ernesto RENGIFO GARCÍA³⁸, se puede observar la pertinencia del tema pues si los términos contractuales adhesivos son predispuestos por sólo una de las partes del acuerdo jurídico, los mismos pueden contener estipulaciones abusivas; y, es en este supuesto, que la teoría del abuso del derecho se vuelve muy relevante, sobre todo en países como el nuestro donde se carece de legislación a propósito de la contratación estandarizada, pues dicha figura se presenta como un instrumento de corrección ante los posibles abusos de los acuerdos jurídicos estándar. Sobre esta posibilidad de abuso, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha dicho lo siguiente:

“En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición

³⁵ La jurisprudencia francesa se ha servido de la teoría del abuso del derecho para fiscalizar el ejercicio de los derechos contractuales. En nuestro derecho, como ejemplo del abuso del derecho en el ejercicio de un derecho contractual, se encuentra la consagración normativa de la teoría en el contrato de mandato en el Código de Comercio (Arts. 1279, 1280 y 1283).

³⁶ Así – dentro de los límites propios de la función judicial – durante los años de 1936 y 1953 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió la figura del abuso del derecho, con fundamento en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887³⁶, en un intento de reforma y de adecuación de los códigos civil y comercial a las condiciones modernas. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Págs.: 189 - 191.

³⁷ Artículo 830 del Código de Comercio de Colombia de 1971. “*Abuso del derecho*. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

³⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pie de página. Págs.: 190 - 191.

dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra un determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento del este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”³⁹.

Estipulado el abuso del derecho de manera legislativa – y desarrollado en diversas ocasiones por la jurisprudencia – comenzó a generarse con fundamento en esta figura el concepto de *abuso de la posición dominante*⁴⁰, que empezó a ser utilizado en el análisis de los contratos de adhesión⁴¹, de especial importancia en los contratos de servicios públicos domiciliarios, si bien desde un punto de vista terminológico la expresión generalmente sólo era de usanza en el derecho a la competencia. Dicha noción, permite aplicar los razonamientos y principios ya decantados a propósito del abuso del derecho a los contratos estándar cuando los mismos contienen cláusulas abusivas, empero – en palabras de Jorge PINZÓN SÁNCHEZ⁴² - es un concepto más adecuado que el de abuso del derecho para el manejo de este tema, pues se refiere no sólo al ejercicio abusivo de una prerrogativa sino a la práctica abusiva de la actividad empresarial como tal. Esta posición es ratificada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia – en sentencia del 19 de octubre de 1994 (M.P. Carlos Esteban Jaramillo) - en la que se pronuncia acerca de los abusos de los establecimientos de crédito. En la sentencia que se comenta, la Corte calificó como un comportamiento abusivo:

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴⁰ Como es bien sabido, en nuestro país no se sanciona la posición dominante pero si se castiga el abuso de la misma, tal y como lo establecen los artículos 333 de la Carta Política de Colombia de 1991 y 50 del Decreto 2153 de 1992 – “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”.

⁴¹ De acuerdo con Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, la autorizada doctrina nacional comenzó a reconocer el tema del *abuso de la posición dominante* en los contratos a condiciones generales, al igual que la misma legislación especial que protegió a los consumidores de las “cláusulas exorbitantes” en la actividad financiera y aseguradora. En: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Pág.: 186 - 189. En la doctrina nacional, Juan ALMONACID SIERRA y Nelson Gerardo GARCÍA LOZADA - en un juicioso estudio sobre el derecho de la competencia en nuestro país - exponen con propiedad y con apoyo jurisprudencial la relación entre el abuso de la posición de predominio contractual y el abuso de la posición dominante en el mercado: “[E]n las conductas de abuso de posición dominante en el mercado reconocidas como negativa a contratar o imposición de condiciones contractuales inequitativas, es evidente que en su configuración subyace un abuso de la posición de dominio negocial o contractual entre las partes [del acuerdo jurídico] (...)”. En: ALMONACID SIERRA, Juan y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. “Derecho de la competencia”. Editorial Legis S.A., Bogotá D.C. (1998). Pág. 164. Citado por: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 262.

⁴² PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Pág.: 186 - 189.

“ (...) el ejercicio del llamado *poder de negociación* por parte de quién, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, de bienes o de servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra un determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”.

Y, así, la Corte Suprema de Justicia llegó en este caso a la siguiente conclusión:

“ (...) el abuso de dominio del que gozan las entidades crediticias sobre su clientela, derivado de un poderío económico (...) es contrario a la buena fe y al *esmero profesional con que dichas instituciones siempre deben operar en beneficio de sus clientes*, y constituye un ilícito civil que permite obtener la reparación de los perjuicios causadas”.

Entonces, en esta sentencia la CSJ acepta la procedencia del abuso del derecho en materia contractual. Empero, expresa que ante casos concretos únicamente le corresponde al juez hacer su apreciación, teniendo en cuenta que el abuso del derecho puede ser *subjetivo*, “cuando existe en el agente la definida intención de agravar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder”, u *objetivo*, “cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento jurídico”. Así, el adherente sólo podrá defender sus intereses en un juicio, argumentando abuso del derecho o abuso de la posición de dominio, para lo cual deberá ponderar primero los costos y beneficios que esto le conlleva.

3.2.4. Las herramientas jurídicas de control objetivo.

De acuerdo con Ernesto RENGIFO GARCÍA, “el control del contenido del negocio se suele llamar *objetivo* en aquellos países que gozan de una ley especial sobre las condiciones generales de la contratación, dado que en [éstas] se dispone qué

cláusulas no pueden estar incluidas en ciertos contratos [de adhesión]⁴³, por considerarse abusivas (*listas negras*).

No obstante - como se ha dicho con anterioridad - nuestro país carece de una regulación general acerca de los contratos de adhesión, motivo por el cual no existe una ley que en términos generales exponga que cláusulas se entienden como abusivas en la contratación estandarizada⁴⁴. Empero, si bien no existe una norma general al respecto, algunas normatividades han tratado el tema, dentro de las cuales vale la pena destacar el Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994), el Decreto 990 de 1998, que reglamenta la prestación del servicio de telefonía celular, y la Ley 1328 de 2009 de reforma financiera.

Así, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 estipula qué cláusulas contractuales se consideran abusivas por ley - pues el legislador presume *iuris tantum* que son fruto del abuso de la posición de dominio que goza la empresa prestadora de servicios públicos - con el objeto de proteger al consumidor o usuario, parte débil de la relación contractual estandarizada. Hay que precisar, no obstante, que dicha enumeración no es taxativa pues el mismo legislador dispone, en el artículo 133.26 de la mencionada ley, que en todo caso serán abusivas “cualesquiera otras [cláusulas contractuales] que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo (...)”.

Sin embargo, los efectos de esta *lista negra* se ven atenuados si se tienen en cuenta dos consideraciones muy importantes. Primero, que la parte final del citado artículo 133.26 de la Ley 142 de 1994, establece dos reglas para desvirtuar la presunción de abuso de la posición de dominante de la empresa de servicios

⁴³ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pie de página. Págs.: 202 - 203.

⁴⁴ De acuerdo con Jorge Pinzón Sánchez, el proyecto latinoamericano de ley marco sobre defensa del consumidor – de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano – establece dentro de su articulado algunas cláusulas que por ser abusivas no se pueden acordar en los contratos (sean o no de adhesión), so pena de nulidad de pleno derecho. Así, dentro de éstas cláusulas prohibidas se pueden mencionar las siguientes, aquellas que: (i) exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por los vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; (ii) impliquen la renuncia a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; (iii) inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; (iv) impongan la utilización obligatoria del arbitraje; (v) permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato; (vi) autoricen al proveedor a resolver unilateralmente el contrato; y, en general, (vii) cualesquiera otras cláusulas o estipulaciones que impongan condiciones injustas de contratación exageradamente gravosas para el consumidor. O que le causen indefensión, o sean contrarias a la buena fe. En: PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “Nuevos retos del derecho comercial”. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín (2000).

públicos domiciliarios, así: a) si se establece que las cláusulas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa; es decir que con base en una interpretación compleja e integral del contrato se puede desvirtuar la presunción de abuso que abstracta y aisladamente puede tener la cláusula; y b) también se desvirtuará la presunción de abuso de la posición dominante cuando la cláusula, abstractamente descalificada por el legislador, se ha usado con permiso expreso de la Comisión [de Regulación específica]. Y, segundo, que el mencionado artículo también dispone que: “si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción”, por lo tanto, la Ley 142 de 1994 se encuentra orientada por los principios de la conservación del contrato, y de la ineficacia parcial y no total del acuerdo jurídico.

Si bien muchos han criticado esta enumeración de las cláusulas abusivas en los servicios públicos domiciliarios⁴⁵, en este trabajo se considera que los avances del Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) en el tema de la contratación estandarizada son notables, en un país como el nuestro, en el que la regulación de los contratos de adhesión es prácticamente inexistente. No obstante, debido a que su aplicación se da únicamente en los servicios públicos domiciliarios, esta ley sólo puede ser considerada como un logro parcial en la meta por evitar los posibles excesos de los contratos estándar.

En el mismo sentido que la Ley 142 de 1994 se pronuncia el Decreto 990 de 1998, que si bien no hace una referencia expresa a los contratos de adhesión, establece que los contratos de prestación del servicio de telefonía celular entre operadores y suscriptores, no podrán incluir dentro de sus términos algunas estipulaciones por considerarse que las mismas son abusivas y operarían en detrimento del suscriptor (Art. 10)⁴⁶. Esto, en concordancia con lo dispuesto por el

⁴⁵ Autores como William NAMÉN VARGAS sostienen que: “de las distintas cláusulas enlistadas por abusivas, algunas son contrarias a la normativa general del negocio jurídico y a la autonomía privada reconocida en la Constitución; otras en verdad superfluas y excesivas”. En: NAMÉN VARGAS, William. Págs.: 211 - 212. Citado por: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág. 249.

⁴⁶ Art. 10 del Decreto 990 de 1998. *Características del contrato*. “En los Contratos de Servicios a los que se refiere este decreto no podrán incluirse cláusulas que: 10.1 Excluyan o limiten la responsabilidad que corresponde a los operadores de acuerdo con la concesión a los operadores para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular. 10.2 Den a los operadores la facultad de resolver el contrato, por razones distintas al incumplimiento de éste, causas legales o a fuerza mayor o caso fortuito. 10.3 Imponen al suscriptor a una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato o la ley le conceden. 10.4 Confieren al operador plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones. 10.5 Presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, salvo que: a) Se dé al suscriptor un plazo amplio para manifestarse en forma explícita, y b) El operador se obligue a hacer saber al suscriptor las consecuencias que se derivarán de su silencio, una vez venza el plazo

artículo 55 del Decreto 741 de 1993 – “por el cual se reglamenta la telefonía móvil celular” – que dice lo siguiente:

Artículo 55. “*Prohibición de las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia*”. “El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia del mercado en los términos de la Ley 155 de 1959 y del Decreto Autónomo 2153 de 1992.

Queda prohibido al concesionario la realización de actos, convenios, acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir ventaja exclusiva indebida a su favor o de otras personas, o que tiendan al monopolio de mercados complementarios a los servicios otorgados en concesión”.

Sin embargo, tal vez la innovación más importante a propósito del tema de las *listas negras* en la contratación estandarizada en nuestro país, la provee la nueva norma de reforma financiera, Ley 1328 de 2009 que reforma y/o adiciona el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1996). Así, la mencionada ley no sólo estipula cláusulas contractuales de prohibida estipulación en los contratos financieros en masa por considerarlas como abusivas (Art. 11)⁴⁷, sino que también consagra prácticas abusivas prohibidas (Art. 12)⁴⁸, que – claro

otorgado.10.6 Limiten el derecho del suscriptor a pedir la resolución del contrato, o indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento total o grave del operador. 10.7 Permitan al operador, en el evento de terminación unilateral y anticipada del contrato por parte del suscriptor, exigir de éste una compensación excesivamente alta por los costos y gastos en que incurrió el operador para prestar el servicio.10.8 Obligan al suscriptor a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato”.

⁴⁷ Artículo 11 de la Ley 1328 de 2009. “*Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos*. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero. e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”. Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 101 de esta ley, este artículo entrará a regir sólo hasta el 1° de julio de 2010.

⁴⁸ Artículo 12. “*Prácticas abusivas*. Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes: a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta

está – también se pueden dar en los acuerdos jurídicos en masa. Empero, como sucede con las otras normatividades, este adelanto es relativo, por cuanto sólo se da en sectores específicos, como el financiero.

3.2.5. Las cláusulas abusivas y el derecho a la libre competencia: el régimen jurídico de las prácticas restrictivas y el régimen jurídico de la competencia desleal.

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, en nuestro país la actividad económica y la iniciativa privada son libres - derecho colectivo a la libre competencia (Art. 333), pero dentro de los límites propios de un Estado Social de Derecho (Art. 334). Este en un claro desarrollo, del principio del abuso del derecho.

Conforme a Ernesto RENGIFO GARCÍA⁴⁹ – cada día es más evidente la relación de las cláusulas abusivas con el tema la competencia desleal y con el tema de las prácticas restrictivas a la competencia, sin mencionar la relación evidente de las mismas con el derecho de protección a los consumidores.

La Ley de Competencia Desleal (Ley 256 de 1996) regula este tema desde una perspectiva que se suele denominar *social* o de *mercado*, pues con el nuevo régimen de competencia desleal se empezó a proteger no sólo a los comerciantes sino también a los consumidores y, en general, al mercado, como se desprende del artículo 3° de dicha normatividad⁵⁰.

directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación. b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor. c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero. d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. PARÁGRAFO. Las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley”. Hay que tener en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 101 de esta ley, este artículo entrará a regir sólo hasta el 1° de julio de 2010.

⁴⁹ Ver: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 253 – 263.

⁵⁰ Artículo 3° de la Ley 256 de 1996. “*Ámbito subjetivo de aplicación*. Esta ley se aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”.

A propósito de la definición de *acto de competencia desleal*, el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley de Competencia Desleal establece que: “(...) En concordancia con lo establecido por el numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de Paris, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Por lo tanto, la relación entre las cláusulas abusivas y la competencia desleal, se evidencia en cuanto a que ambas atentan contra el principio de la buena fe, perjudicando de esta manera tanto a los consumidores, como al mercado en general, al limitar el poder de decisión del consumidor e incluso el funcionamiento competitivo del mercado⁵¹.

Por otro lado, algunos autores también evidencian la relación entre las cláusulas abusivas y las prácticas restrictivas de la competencia⁵². Un caso que demuestra esta correspondencia, es por ejemplo el numeral 3° del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 – que trata el tema del abuso de la posición de dominio⁵³, cuando la misma está encaminada “[a] subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de la establecido por otras disposiciones” – conducta que por ley está prohibida en el derecho colombiano. Entonces, como se puede ver, las denominadas *cláusulas de amarre* no sólo constituyen un tipo de prácticas restrictivas a la competencia, sino que también pueden ser

⁵¹ En este sentido, el doctor Ernesto RENGIFO GARCÍA afirma que se debe analizar lo anteriormente dicho, por ejemplo, en el caso de los pactos desleales de exclusividad (Art. 19 de la LDC), que restringen el suministro de un producto a sólo un empresario, afectando el acceso de los otros competidores a el mercado. Por lo tanto, por ley no se prohíbe el contrato, sino la cláusula así pactada que - en términos del autor antes mencionado – también puede ser considerada como abusiva. Ver: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 254 - 255.

⁵² En este sentido, véase: ALMONACID SIERRA, Juan y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op. Cit. Pág. 164. Y, RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 257 - 263.

⁵³ Si bien el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia de 1991 no prohíbe la posición de dominio *per se*, si prohíbe su abuso, tal y como se desprende de su articulado. A propósito de la noción de *posición dominante*, hay dos definiciones legales al respecto. Por un lado, el artículo el artículo 2° de la Ley 155 de 1959 que establece que toda empresa que tenga la capacidad de determinar o manipular los precios en el mercado por la cantidad del respectivo bien o servicio que controla, tiene posición de dominio. Y, por otro lado, el numeral 5° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, que dispone que toda empresa que pueda determinar directa o indirectamente las condiciones de mercado, tiene posición de dominante, siendo esta última definición más acertada pues no se refiere al *precio* como único requisito por establecer cuándo se considera que una empresa tiene posición de dominio.

consideradas como cláusulas contractuales abusivas, en la medida en que representan un abuso de la posición de dominio del empresario, en detrimento de los intereses del consumidor o adherente.

En conclusión, las cláusulas abusivas – aún en la contratación estándar - también se pueden combatir con la normas de protección a la competencia y con las normas de competencia desleal, pues las mismas también se refieren, entre otros, al principio de buena fe comercial y a la figura del abuso de la posición dominante. Sin embargo, dicha protección al adherente no es efectiva, en la medida en que el consumidor promedio por regla general no sabe que tiene dichos mecanismos a su alcance para la defensa de sus intereses⁵⁴. Adicionalmente, el adherente se va a encontrar de nuevo con el problema de que iniciar una acción contra el empresario, puede resultarle muy costoso en términos de recursos y tiempo, en comparación con el valor real de su reclamación⁵⁵.

3.2.6. El derecho de los consumidores y la responsabilidad del productor o fabricante.

La responsabilidad del fabricante y los derechos de los consumidores son dos instituciones autónomas que no deben confundirse. Por un lado, los mecanismos jurídicos de defensa del consumidor buscan garantizar la buena calidad y eficiencia de los productos y servicios que serán suministrados a los consumidores o usuarios, motivo por el cual se puede decir que se encarga del *aspecto preventivo* de la protección al consumidor. Por el otro lado, el régimen jurídico de responsabilidad del productor, consiste básicamente en la indemnización que el fabricante está obligado a pagar, como consecuencia del daño o perjuicio que uno de sus productos o servicios le causa a uno o a más consumidores, razón por la cual se puede afirmar que se encarga del *aspecto represivo* de la protección del consumidor.

⁵⁴ En este sentido, estudios realizados por alumnos y profesores de la Universidad de los Andes (Bogotá D.C.), como “Exposición crítica de los derechos del consumidor en Colombia” de Nicolás MANOTAS DEVIS, y “La responsabilidad del fabricante y derechos del consumidor: la perspectiva del consumidor” de Ana Linda SOLANO LÓPEZ, exponen la ignorancia del consumidor a propósito de los mecanismos que existen en nuestro país para la protección de sus intereses, especialmente respecto a la normatividad elaborada específicamente para este fin (Estatuto de Protección al Consumidor).

⁵⁵ A este respecto, véase: GALANTER, Marc. “Why de haves come out ahead: speculations of the limits of legal change” (1974). En la página web:

Los derechos de los consumidores se encuentran protegidos dentro del ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución Política de 1991 (Art. 78) – como se pudo ver con anterioridad - pero, principalmente, a través de una serie de decretos y guías consultiva en este tipo de materia. Así, se podría afirmar que los principales mecanismos con los que cuentan los consumidores de nuestro país, al momento de informarse y hacer exigibles sus derechos, se encuentran en:

- La Carta Política de 1991 (Arts. 78 y 88), que protege – en el título relativo a los derechos colectivos y del ambiente - a los consumidores y/o usuarios como grupo. Entonces, por constituir derechos colectivos garantizados – el derecho a la buena calidad de los bienes y servicios, y el derecho al adecuado aprovisionamiento de productos – los consumidores y/o usuarios tienen a su disposición las *acciones de grupo*⁵⁶ y las *acciones populares*⁵⁷, para la defensa de los mismos.
- El Decreto 3466 de 1982 – considerado, hoy por hoy, el Estatuto de Protección al Consumidor – que trata cuatro temas fundamentales: primero, el registro de calidad e idoneidad de los bienes y servicios ofrecidos; segundo, la garantía mínima presunta estipulada por el productor; tercero, la obligación de información a propósito de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, a cargo del fabricante; y, cuarto, las sanciones administrativas y judiciales previstas para productor en el evento del incumplimiento de sus obligaciones.
- La Circular Única - Título II - de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, que es un texto que se concentra fundamentalmente en exponer, de manera clara y completa, la normatividad a propósito de la defensa de los intereses del consumidor y/o usuario respecto a la adquisición de una gran variedad de bienes y

⁵⁶ El inciso 2° del artículo 88 de la Carta Política de Colombia de 1991 consagra las llamadas *acciones de grupo*, que son aquellas mediante las cuales un conjunto de personas solicita exclusivamente el pago de una indemnización por los perjuicios individuales que les hayan ocasionado las mismas acciones u omisiones. Para profundizar sobre el tema, ver: PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. "Derecho constitucional colombiano", séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2004). Pág.: 287.

⁵⁷ Las *acciones populares* son aquellas concedidas a todas las personas para la protección de los derechos e intereses colectivos determinado por el ordenamiento jurídico, cuando éstos se encuentren amenazados o se vean vulnerados por acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares. Si bien algunos autores sostienen que dicha acción, cuando se refiere a la protección de los consumidores y/o usuarios, se encuentra consagrada por el artículo 36 del Estatuto del Consumidor, otros estudiosos afirman que la acción dispuesta por esta norma no se puede considerar típica como acción popular o de grupo, lo cual la hace *suis generis*. Para profundizar sobre el tema, ver: PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Op. Cit. Pág.: 285 y ss.

servicios, tales como los automotores, las baterías, las tuberías, las computadoras y los electrodomésticos, entre otros.

- La Guía del Consumidor, directiva sin fuerza vinculante elaborada por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. A pesar de ser sólo un medio consultivo, la Guía del Consumidor se presenta como un medio idóneo para que el consumidor y/o usuario se informe acerca de sus derechos - y los mecanismos para defenderlos – pues, de alguna forma resume, en una forma sencilla aunque bastante extensa, las principales disposiciones del Decreto 3466 de 1982 y del Título II de la Circular Única.

Por otro lado, de acuerdo con Manuel José CÉPEDA ESPINOZA⁵⁸, en nuestro país existen dos regímenes de responsabilidad civil del fabricante por el daño que con sus productos le cause a un consumidor⁵⁹. El primero es el tradicional y está regulado en los códigos, especialmente en el Código Civil que estipula la responsabilidad contractual y extracontractual del productor por mercancías defectuosas. El segundo es un régimen más moderno, el cual se encuentra previsto en el ya expuesto Estatuto de Protección al Consumidor y, aunque en criterio de varios estudiosos el tema adolece de varias fallas, representa un avance significativo en esta materia⁶⁰.

Un vistazo rápido a las normas clásicas sobre responsabilidad civil del fabricante en nuestro país, evidencia que las mismas están - por regla general - inspiradas en la doctrina de la culpa, que se concreta en que nadie podrá ser declarado responsable de un hecho que no se produjo por su culpa y en que el que culposamente cause un daño a otro deberá repararlo. Sin embargo, “nuestra legislación civil dejó abierta la posibilidad para que se establecieran algunas

⁵⁸ CÉPEDA ESPINOZA, Manuel José. “La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y en la legislación colombiana)”. En: Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Vol. 1°, Bogotá D.C. (Jun. 1986). Pág.: 67.

⁵⁹ De acuerdo con nuestros ordenamientos civil y comercial y conforme al Estatuto del Consumidor, el daño que puede sufrir una persona por un producto defectuoso se puede deber a tres motivos: (i) gracias a un vicio rehibitorio (Art. 1893 y ss. del Código Civil); (ii) por falta de calidad y eficiencia del producto (Art. 922 – 942 del Código de Comercio); y (iii) y por daños a las cosas o a las personas. Para profundizar en el tema, ver: SOLANO LÓPEZ, Ana Linda. “Responsabilidad del fabricante y derechos del consumidor en Colombia: la perspectiva del consumidor”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2004).

⁶⁰ En este sentido, ver: CÉPEDA ESPINOZA, Manuel José. “La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y en la legislación colombiana)”. Op. Cit. Pág.: 67 – 69.

reglas que atenuaran el papel de la culpa en la responsabilidad civil”⁶¹ en un intento por adecuar dicha normatividad al progreso industrial y al desarrollo social. Así, la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia - en sentencia del 14 de marzo de 1983⁶² – aplicó la teoría de la responsabilidad por actividades peligrosas, según la cual, basta con que un daño pueda imputarse a alguien que esté desarrollando una actividad peligrosa, para que el mismo tenga que responder civilmente ante el perjudicado. Esta teoría fue llevada más allá, en un fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de abril de 2009 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena), en la que los magistrados – fundamentándose en el artículo 78 de la Carta Política de 1991 - se atrevieron a afirmar que sobre productores y/o fabricantes recae una obligación de seguridad a favor de los consumidores, que no se agota con el deber de poner en circulación cosas con la calidad e idoneidad requeridas, sino que incorpora también la garantía de que el consumidor no sufrirá en su persona o en sus bienes ningún daño por causa de las mismas. Así, ante el incumplimiento dicha obligación de resultados por parte del productor y/o fabricante, éste deberá resarcir los perjuicios causados al consumidor, salvo que el demandado demuestre que el daño sobrevino por causa de un hecho extraño. En este entendido, el demandante – que en criterio de la Corte, podrá ser tanto el consumidor como personas allegadas al mismo – sólo deberá demostrar: (i) el perjuicio padecido; (ii) el carácter defectuoso del producto⁶³; y (iii) la relación de causalidad entre éste y aquel, para obtener la indemnización por los daños sufridos. Por lo tanto, esta sentencia constituye un adelanto en la protección al consumidor en nuestro país, que va mucho más acorde con las tendencias modernas en materia de responsabilidad civil del fabricante. No obstante, salvo estas excepciones – que por demás constituyen importantes precedentes en la protección al consumidor - por regla general el derecho de la responsabilidad civil extracontractual colombiana está dominado por lo que algunos autores han denominado la *hegemonía de la culpa*: la culpa es el fundamento general de la responsabilidad civil, en contravía a la tendencia internacional, que sitúa a la responsabilidad objetiva como la nueva emperadora en esta materia⁶⁴.

⁶¹ CÉPEDA ESPINOZA, Manuel José. “La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y en la legislación colombiana)”. Op. Cit. Pág.: 33 - 34.

⁶² No se especifica el magistrado ponente. En: CÉPEDA ESPINOZA, Manuel José. “La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y en la legislación colombiana)”. Op. Cit. Pág. 68.

⁶³ Otra innovación de esta sentencia, es que “para comprobar el defecto de seguridad que afecta al producto, no debe la víctima incursionar en el examen del proceso de fabricación para demostrar que el defecto se debe a un diseño desacertado o a una indebida fabricación, sino que se debe limitar a probar que éste no ofrecía la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 30 de abril de 2009”. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁶⁴ Un ejemplo de esto, son los Estados Unidos de América. Ver: CÉPEDA ESPINOZA, Manuel José. “La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y en la legislación colombiana)”. Op. Cit. Pág. 34.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de las normas sobre protección al consumidor y de responsabilidad civil del fabricante, varias son las razones por las cuales al consumidor colombiano se le continúan violando constantemente sus derechos, o el fabricante nacional termina no respondiendo por los daños o perjuicios que con sus productos causa a otros, sobre todo ante fenómenos como el de la contratación en masa.⁶⁵:

- Los fundamentos tradicionales de la responsabilidad civil – la culpa, el principio de relatividad, el principio del *caveat emptor*, el principio del *dolus bonus* y la determinación de la relación causal entre el daño y el hecho dañoso - se presentan como unos verdaderos impedimentos para la defensa del consumidor y/o usuario.
- La falta de eficiencia no es tenida como una causal de responsabilidad civil del productor. En el campo de la responsabilidad civil contractual, los daños que sufre el usuario y/o consumidor no siempre se derivan de vicios ocultos, sino que también se pueden derivar de la simple falta de eficiencia del producto. Sin embargo, este aspecto no se encuentra previsto por la legislación civil y comercial⁶⁶.
- Los trámites, procedimientos y procesos para la defensa del consumidor, son complicados, lentos y costosos. Por este motivo, la víctima muchas veces prefiere no accionar, obstaculizándose el efectivo reconocimiento de sus derechos⁶⁷. En este sentido, el factor económico constituye un factor importante para el consumidor, al momento de proteger sus intereses: la cuantía del proceso o procedimiento para la defensa resulta más costosa, en términos de tiempo y recursos, que la pretensión indemnizatoria del afectado. Este obstáculo se puede ver en dos áreas. Primero, por cuanto es muy costoso para el consumidor acceder a un abogado que lo guíe en la formulación de sus pretensiones, en comparación con el productor que generalmente cuenta con una asesoría legal especializada en los intrínquilis de los procesos de producción⁶⁸. Y, segundo, teniendo en cuenta que la mayoría de los casos de vulneración de los derechos del consumidor se

⁶⁵ En este sentido, ver: MANOTAS DEVIS, Nicolás. “Exposición crítica de los derechos del consumidor en Colombia”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2006). Pág.: 39.

⁶⁶ SOLANO LÓPEZ, Ana Linda. Op. Cit. Pág. 20.

⁶⁷ MANOTAS DEVIS, Nicolás. Op. Cit. Pág.: 39 - 41. Y, SOLANO LÓPEZ, Ana Linda. Op. Cit. Pág. 20.

⁶⁸ En este sentido, ver: GALANTER, Marc. Op. Cit.

refieren a causas menores, de tal forma que las costas del proceso resultan mayores que la indemnización buscada⁶⁹.

- La inexistencia fáctica de igualdad ante la ley. Si bien es cierto que en nuestro país todas las personas están en igualdad de condiciones ante la ley⁷⁰, sucede en la realidad que los consumidores carecen de la asesoría legal adecuada para presentar sus reclamaciones, a diferencia de los empresarios⁷¹. Esto acontece aún en las reclamaciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en las que, a pesar de no requerir en principio de un abogado, la falta de consejo legal puede frustrar la protección por no incluir en la petición suficiente material probatorio y una adecuada sustentación⁷².
- El déficit informativo y la falta de cultura de consumo. A pesar de que en teoría existe una amplia normatividad en materia de protección al consumidor y de responsabilidad del fabricante, la misma muchas veces se encuentra dispersa y no es conocida por las personas, motivo por el cual se puede afirmar – lamentablemente - que en nuestro país todavía no hay una cultura de consumo⁷³.
- La falta de herramientas concretas para la protección de ciertos consumidores y/o usuarios específicos, tales como las personas de la tercera edad, los indígenas, los niños, los discapacitados y los analfabetas. Es evidente que estos grupos de consumidores representan la población que más se engaña al momento de negociar, y la que menos instrumentos tiene para defenderse⁷⁴, sobre todo ante fenómenos como el de la contratación estandarizada.

⁶⁹ OICATÁ QUINTERO, Rodrigo Alejandro. “¿Ahora quién podrá defendernos? Dificultades en la defensa de los derechos del consumidor”. En: *Economía colombiana*, N° 300. Bogotá D.C. (Ene. – Feb. 2004). Pág.: 115.

⁷⁰ Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

⁷¹ MANOTAS DEVIS, Nicolás. Op. Cit. Pág.: 39 - 41.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. “Los derechos de los consumidores y usuarios. Fundamentos constitucionales y desarrollo legal”. En: *Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, revista

- La falta de presencia estatal en pro de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. En su defecto, se propone fortalecer el sistema de autodefensa a cargo de las ligas y asociaciones de consumidores, de tal forma que las mismas puedan adoptar medidas preventivas y correctivas⁷⁵.
- La falta de regulación específica respecto a los contratos de adhesión⁷⁶. Como se expuso anteriormente, uno de los problemas de los acuerdos jurídicos en masa, es que los consumidores, como individuos de racionalidad limitada, no siempre tienen toda la información o valoran todos los términos contractuales de la misma forma (por eso se habla, cláusulas contractuales *visibles* e *invisibles*) al momento de realizar negocios jurídicos específicos, lo cual en la práctica facilita que los predisponente continúen ofreciendo contratos de baja calidad a precios competitivos. En este entendido, el deber de información – expuesto en tanto en la Carta Política de 1991 como en el Estatuto de Protección al Consumidor - jugaría, en principio, un rol fundamental. Empero, muchas veces esta información es suministrada por el oferente en el contrato estándar, de manera tan confusa y complicada de entender (y, a veces, hasta de leer), que la obligación de información pierde peso, ya que no basta con que se *informe* al adherente sino que es necesario que el consumidor incorpore dicha información en su proceso de toma de decisiones, para que la misma sea efectiva.
- El ente estatal no dispone de las instituciones y herramientas adecuadas, para proteger los intereses de los consumidores y/o usuarios. A título de ejemplo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tiene la capacidad para responder por todos los reclamos que se le presentan en materia de acueductos, ni para asegurar que las empresas sancionadas cumplan sus disposiciones, si se tienen en cuenta que son más de mil cuatrocientas empresas vigiladas y, únicamente en la capital del país, cerca de un millón de usuarios⁷⁷.

de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, N°94, Bogotá D.C. (Jun. 1998). Págs.: 163.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ MANOTAS DEVIS, Nicolás. Op. Cit. Pág.: 39 - 41.

⁷⁷ Datos para los meses de enero y febrero de 2004. En: OICATÁ QUINTERO, Rodrigo Alejandro. Op. Cit. Pág.: 116.

Ante estas falencias o carencias del sistema jurídico colombiano, referente a los derechos del consumidor y a la responsabilidad civil del productor o fabricante, varias son las propuestas de cambio, en aras de lograr una mejor protección del consumidor y/o usuario en nuestro país.

Por un lado, teniendo en cuenta la tendencia mundial⁷⁸, mucho se ha hablado de la responsabilidad *objetiva* de los productores o fabricantes, ante la insuficiencia de la *culpa* para proteger al consumidor y/o usuario común. Y, en este sentido, se ha discutido profusamente si la responsabilidad civil del productor, expuesta en el Estatuto del Consumidor de Colombia, se refiere o no se refiere a una responsabilidad objetiva⁷⁹.

Por otro lado, muchas han sido las propuestas de reforma al Decreto 3466 de 1982 – por ejemplo, el Proyecto de Ley N° 115 de 2000⁸⁰, el Proyecto de Ley N° 081 de 2003⁸¹ y el Proyecto de Ley N° 082 de 2008⁸² - sin embargo, ninguna ha llegado a concluirse para convertirse en ley de la república, “a causa de la falta de interés para impulsar su viabilidad o, en otros casos, por vencimiento del término establecido que por mandato legal debe cumplirse dentro del procedimiento legislativo”⁸³.

⁷⁸ Tal es el caso de los Estados Unidos de América. Ver: SOLANO LÓPEZ, Ana Linda. Op. Cit. Pág. 50 – 51.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Cámara de Representantes. “Proyecto de Ley N° 115 de 2000. Por el cual se expide el Estatuto del Consumidor y Usuario. En: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “Del abuso del derecho, al abuso de la posición dominante”, segunda edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. (2004). Págs.: 275 - 278.

⁸¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Cámara de Representantes. “Proyecto de Ley N° 081 de 2003. Por el cual se expide el Estatuto del Consumidor y Usuario”. En: CORREDOR VELANDÍA, Paola Andrea. “La responsabilidad del fabricante y la protección del consumidor: el punto de vista del productor”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2004). Pág.: 65.

⁸² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Senado. “Proyecto de Ley 082 de 2008. Por medio del cual se actualiza el Decreto 3466 de 1982 y se dictan otras disposiciones”. En: INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA, Observatorio Legislativo. “Estatuto del Consumidor”. Boletín N°107, Bogotá D.C. (Sept. 2008).

⁸³ CORREDOR VELANDÍA, Paola Andrea. “La responsabilidad del fabricante y la protección del consumidor: el punto de vista del productor”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2004). Pág.: 61.

3.3. LOS MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

El control administrativo, es un control previo y abstracto que pretende preservar la equidad de los contratos, mediante la revisión que una autoridad administrativa hace de los modelos de ciertos acuerdos jurídicos, conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico colombiano⁸⁴. De esta manera, sólo si dicha autoridad administrativa los encuentra ajustados a la normatividad vigente en el país, la misma los autorizará para que sean puestos a disposición del público, a través de su implementación en un número indeterminado de contratos futuros, como en el caso de los modelos de contratos de fiducia o de encargo fiduciario, y de las pólizas de seguros⁸⁵. No obstante, este control administrativo sólo se estipula por ley para algunos contratos en masa, y no para todos los acuerdos jurídicos estandarizados en general, siendo el evento más general, aquellos contratos que manejan grandes cantidades de recursos de las personas, como es el caso del contrato de seguros.

Así, el numeral 4° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) - al referirse a las operaciones relativas a las sociedades fiduciarias - establece bajo el título de *aprobación previa del modelo del contrato*, lo siguiente:

“los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria [hoy, Superintendencia Financiera de Colombia], al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos” (subrayado por fuera de texto).

⁸⁴ Hay que recordar que de acuerdo con el artículo 333 de la Carta Política de Colombia de 1991, “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (...)”.

⁸⁵ Respecto a la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, la ley – numeral 4° del artículo 146 del EOSF – ha reconocido que los contratos de fiducia o de encargo fiduciario pueden constituir contratos de adhesión, y la jurisprudencia colombiana ha establecido que los contratos de seguros son – por regla general – contratos a condiciones generales, conforme a la sentencia del 30 de enero de 2001 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo).

Por otro lado, el numeral 1° del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado por el artículo 42 de la Ley 795 de 2003) estipula lo siguiente, al referirse a los modelos de pólizas y tarifas:

“La autorización previa de la Superintendencia Bancaria [hoy, Superintendencia Financiera de Colombia] de los modelos de las pólizas y tarifas será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo.

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Ley 389 de 1997, los modelos de las pólizas y sus anexos deberán enviarse a la Superintendencia Bancaria [Superintendencia Financiera de Colombia] para su correspondiente depósito, en las condiciones que determine dicho organismo.

No obstante lo anterior la autorización previa de la Superintendencia Bancaria [Superintendencia Financiera de Colombia] será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o de la correspondiente para la explotación de un nuevo ramo” (subrayado por fuera de texto).

Por lo tanto, las pólizas de seguros también necesitan de una autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia antes de ser puestas a disposición del público, con su incorporación en un número indeterminado de contratos futuros.

3.4. LOS MECANISMOS JUDICIALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

Son diversos los pronunciamiento de los tribunales de arbitramento, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, a propósito de ciertas cláusulas incluidas en los contratos de adhesión, que algunos consideran como abusivas⁸⁶. Este es el caso por ejemplo, de las cláusulas compromisorias y las cláusulas limitativas, exonerativas y extensivas de la responsabilidad, de usual inserción en los contratos estandarizados.

⁸⁶ Ver: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Págs.: 301 a 369. Y, SUESCÚN MELO, Jorge. Op. Cit. Págs.: 256 a 267.

El argumento central contra las cláusulas compromisorias es - sin duda alguna - el tema de los costos, por cuanto algunos consideran que someter al adherente a una justicia costosa, como la arbitral, puede violar derechos fundamentales o directrices constitucionales, teniendo en cuenta la gratuidad de la justicia normal⁸⁷. En este sentido, se pronuncia Julio BENETTI SALGAR⁸⁸ – tratadista en el tema arbitral – quien, al examinar el tema de la validez de dicha cláusula en los contrato de arrendamiento de vivienda – por demás, acuerdos jurídicos estándar - concluye que “permitir la estipulación de la cláusula compromisorias sin ningún control estatal puede conducir a situaciones aberrantes en la práctica”.

Empero, otros autores – como Ernesto RENGIFO GARCÍA⁸⁹ - discrepan de esta opinión, fundamentándose en los siguientes argumentos. Primero, que la inclusión de la cláusula compromisorias no impide el acceso a la justicia ordinaria, por cuanto la no consignación de las sumas (honorarios) decretados por el tribunal arbitral es una de las causales para extinguir dicha cláusula⁹⁰. Segundo, que la misma ley permite la inserción de tales cláusulas, en materia de los contratos de sociedad⁹¹ y de los contratos de arrendamiento de vivienda urbana⁹². Tercero, que si la intención del legislador hubiera sido la de proscribir las cláusulas compromisorias en los contratos estándar, seguramente ya existiría norma o pronunciamiento en contra, tal y como existe en los procesos ejecutivos

⁸⁷ De acuerdo con el artículo 6° de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia – uno de los principios de la administración de justicia en nuestro país, es el de la gratuidad. Artículo 6° de la Ley 270 de 1996 (modificado por el artículo 2 de la Ley 1285 de 2009). “La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley. No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales. Tampoco podrá cobrarse aranceles a las personas de escasos recursos cuando se decrete el amparo de pobreza o en aquellos procesos o actuaciones judiciales que determinen la ley. El arancel judicial constituirá un ingreso público a favor de la rama judicial”.

⁸⁸ BENETTI SALGAR, Julio. “El arbitraje en el derecho colombiano”, segunda edición. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C. (2001). Págs.: 105 a 109. En: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 281.

⁸⁹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 278 – 294.

⁹⁰ Artículo 167 del Decreto 1818 de 1998. “Por el cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

⁹¹ Artículo 110 del Código de Comercio colombiano. “La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...) 11. Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores (...)”.

⁹² Artículo 222 del Decreto 1818 de 1998. “*Contrato de arrendamiento*. Las controversias surgidas entre las partes por la razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de contratos de arrendamiento podrán solucionarse a través de la justicia arbitral, pero los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria (artículo 114 Ley 446 de 1998)”.

hipotecarios⁹³. Y, cuarto, que el mismo derecho comparado sirve para reforzar la tesis según la cual es válido estipular cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión⁹⁴. Así - para este último autor - le ley no prohíbe la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos estándar sino su abuso, tal y como se desprende del numeral 11 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia consideró, en unos de sus fallos, que “la implantación es es[t]e sistema de resolución de conflictos contractuales, originados con ocasión de los créditos que se otorgan para adquirir vivienda, viola el derecho a acceder a la administración de justicia (Art. 229 C.P), el principio de la igualdad (Art. 13 C.P), el objetivo constitucional de un orden justo (Preámbulo C.P), y, además, frustra el ejercicio a una vivienda digna (Art. 51 C.P)”⁹⁵, motivo por el cual declaró la *inexequibilidad* de los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999 (Ley de Vivienda), así como la frase “o se someta el incumplimiento a la justicia arbitral en los términos establecidos en la correspondiente cláusula compromisoria” del artículo 19 de la mencionada ley. Empero, si bien esta sentencia podría representar un duro golpe a la inserción de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, para Ernesto RENGIFO GARCÍA la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de estas normas, no porque dichas cláusulas fueran inválidas en los acuerdos jurídicos en masa, sino porque “la ley estaba dando facultades a los árbitros para ejecutar un derecho de crédito a favor de las entidades financieras, lo cual tradicionalmente no ha sido materia de arbitraje”⁹⁶.

Sin embargo – siguiendo lo expuesto por Julio BENETTI SALGAR - en este trabajo sí se considera que la inclusión de las cláusulas compromisorias en los contratos estándar puede prestarse para abusos, por cuanto no todas las cláusulas adhesivas son *visibles* para el consumidor y este último no siempre entiende lo que implica acceder a la justicia arbitral, por carecer de conocimientos en derecho, Por este motivo, las cláusulas compromisorias no deberían ser válidas *per se* en los acuerdos jurídicos en masa, sino que su aceptación debería sujetarse al cumplimiento de ciertos requisitos, como el claro establecimiento de las consecuencias que implica acceder a un tribunal de arbitramento, para que así

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C – 1140 del 30 de agosto de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁹⁴ Por ejemplo, el artículo 10.4 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de España (Ley 26 de 1984), adicionada por la Ley de las condiciones generales de España (Ley 7 de 1998), establece lo siguiente: “los convenios arbitrales establecidos en la contratación a la que se refiere esta artículo, serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos (...)”.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C – 1140 del 30 de agosto de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. .

⁹⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 289.

el consumidor tome una decisión plenamente informado, y el control estatal en ciertos casos de gran relevancia social, como el arrendamiento de vivienda urbana. Estas ideas fueron expuestas por la Corte Constitucional de nuestro país, en sentencia C – 330 del 22 de marzo de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), y la Ley 712 de 2001 (que modificó el Código Procesal Laboral), que al revisar el tema de las cláusulas compromisorias en el derecho laboral, sentaron dos precedentes muy importantes: primero, que para que la cláusula compromisoria sea completamente eficaz, es necesario no sólo que ambas partes consientan en su incorporación, sino que las mismas entiendan los efectos de su decisión⁹⁷; y, segundo, que las cláusulas compromisorias no son válidas en los contratos individuales de trabajo⁹⁸ (Art. 51, que modificó el Art. 131 del actual Código Procesal Laboral de Colombia), por su importancia social.

Por otro lado, fue con el tema de las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad en los contratos en general – incluyendo los acuerdos jurídicos estandarizados – que se comenzó a considerar la pertinencia de un control estatal en la negociación privada. Así, en el ámbito jurisprudencial se empezó a sostener que las cláusulas exonerativas de responsabilidad debían reprocharse, por cuanto atentaban contra el principio de la buena fe, el principio del abuso del derecho, la regla según la cual la condonación del dolo futuro no vale y, en últimas, contra el concepto mismo de obligación. En sentencia del 9 de diciembre de 1936 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se dijo lo siguiente:

“Es una contradicción contraria al orden social decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehúye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor (...) No es pues admisible que, constituyendo la obligación un elemento esencial del orden social, se le descarte, en un caso determinado, prescribiendo a la vez la obligación y la exención de responsabilidad en caso de inejecución”⁹⁹.

Finalmente, otra discusión que se realiza en el terreno de la jurisprudencia colombiana – más específicamente en la Corte Constitucional de nuestro país – es si ante la existencia de una cláusula abusiva en un contrato de adhesión puede

⁹⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C-330 del 22 de mayo de 2000”. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 712 de 2001. Por el cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”.

⁹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 9 de diciembre de 1936”. M.P. Antonio Rocha.

llegar a proceder la acción de tutela, por considerarse que el predisponente también vulnera derechos fundamentales con dicha estipulación.

En sentencia T – 511 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)¹⁰⁰, la Corte hubo de precisar que la tutela no procede ante una hipótesis de abuso contractual, al no tener esta situación una naturaleza constitucional, motivo por el cual el adherente sólo podría ejercitar una acción legal ordinaria. Entonces, en esta ocasión la corporación acogió una postura tradicional desde dos ángulos: primero, en el entendido de que considera que las controversias contractuales escapan a la jurisdicción constitucional; y, segundo, puesto que opina que el hecho de la obligada interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico de conformidad con la constitución, sus valores y sus principios fundamentales, no produce en las mismas una metamorfosis desde su rango normativo en el sentido de devenir constitucionales¹⁰¹.

Empero, esta posición no es sostenida por la Corte Constitucional en todos sus fallos. En sentencia T – 411 de 1999 (M.P. Fabio Morón Díaz)¹⁰², la Corte consideró que una norma contractual puede llegar a vulnerar derechos fundamentales por resultar excesiva, desproporcionada o abusiva, razón por la cual la misma puede resultar inaplicable mediante la acción de tutela. Esta postura – en palabras de Ernesto RENGIFO GARCÍA – se encuentra en la tendencia actual del constitucionalismo moderno, “de ver a la carta política como una norma aplicable de manera directa, o al menos con el grado de funcionalidad de señalarle al juez el criterio o valor axiológico de interpretación o de aplicación de normas inferiores”¹⁰³. Por lo tanto – bajo esta nueva corriente constitucionalista, correcta en nuestro concepto – “el control negocial [ya] no sólo se realiza con la operatividad de la ley sino también en relación con los principios constitucionales que informan axiológicamente el sistema y que, además, pueden ser aplicados directamente para dirimir y resolver controversias incluso de carácter contractual o dispositivo”¹⁰⁴. Sin embargo, como se dijo anteriormente, esta tesis no es aceptada de manera general por la jurisprudencia constitucional colombiana.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia T – 511 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰¹ En este mismo sentido, ver entre otras: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia T – 594 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia T- 411 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰³ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 357.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

3.5. CONCLUSIÓN: LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN NUESTRO PAÍS, NO SON SUFICIENTES Y/O ADECUADOS PARA CONTRARRESTAR LOS POSIBLES EFECTOS NOCIVOS DE LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA

Luego de un breve examen de los principales posibles mecanismos de protección al consumidor en Colombia, frente a los contratos de adhesión, se puede concluir que los mismos no son suficientes o no son adecuados para contrarrestar los potenciales problemas que pueden surgir con la utilización de la contratación estandarizada, en detrimento de los intereses de los adherentes. En pocas palabras, las principales dificultades que se pueden apreciar son las siguientes:

Primer problema.

Por regla general, las herramientas normativas y jurisprudenciales existentes en el derecho colombiano para enfrentar los desafíos que suponen los contratos de adhesión, no tienen en cuenta los intrínquilos del fenómeno de la contratación estandarizada, pues se fundamentan en presupuestos tradicionales de la contratación privada (la obligatoriedad incontestable de los acuerdos jurídicos que se entienden negociados por las partes, la igualdad entre las partes, etc.).

Como se mencionó anteriormente, los abusos en los acuerdos jurídicos estándar son posibles, gracias a la racionalidad limitada de los adherentes y en cuanto a que el contenido del contrato a condiciones generales es predispuesto – en su gran mayoría o en su totalidad - por sólo una de las partes en el contrato (el predisponente), que generalmente goza de un poderío económico y/o jurídico superior al del adherente, permitiendo que el predisponente obtenga una maximización de sus intereses a costa de la disminución de las utilidades de los adherentes¹⁰⁵ o a costa de la redistribución de los derechos y de las obligaciones que surgen con el acuerdo jurídico. Entonces, a diferencia de la noción clásica de *acuerdo jurídico*, el contrato de adhesión no es un acuerdo jurídico negociado por las partes en su contenido, si bien por disposición de la ley y de la jurisprudencia colombiana, pareciera mantener su naturaleza contractual¹⁰⁶.

¹⁰⁵ En este sentido, ver: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit.

¹⁰⁶ A este respecto ver, entre otros: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 15 de diciembre de 1970”. M.P. Guillermo Ospina Fernández. Y, a propósito de la normatividad nacional, ninguna ley se refiere específicamente al contrato de adhesión como un acuerdo jurídico de naturaleza contractual, si bien se puede llegar a esta conclusión de lo

Por otro lado, el mercado no puede regular por sí mismo estas *irregularidades de los contratos estándar*, como lo demuestran los múltiples reclamos o las diversas demandas que los adherentes instauran ante los organismos correspondientes¹⁰⁷. La justicia del contrato no está garantizada por el consentimiento de las partes en el contrato estándar, pues cada vez es más evidente que las firmas ofrecen acuerdos jurídicos de adhesión a precios óptimos relacionados con una calidad mínima asociada¹⁰⁸.

Finalmente – en palabras de Rodrigo Alejandro OICATÁ QUINTERO - hay una *lógica económica del abuso sobre los consumidores* por parte de los empresarios. Los abusos en los contratos estándar algunas veces son tan sutiles o versan sobre aquellas cláusulas *invisibles* para los consumidores, que pasan desapercibidos no sólo para los adherentes, sino también para a las entidades encargadas de proteger los intereses de los consumidores¹⁰⁹. Este autor, cita un caso como ejemplo:

“(…) hasta hace poco los supermercados se podían quedar con el cambio que no valía la pena reclamar (cantidades menores a cincuenta pesos), pero la Superintendencia [de Industria y Comercio] ordenó que todos los establecimientos comerciales están obligados a dar [las] vueltas en forma correcta [porque aunque] cinco o veinte pesos no parecen ser una cantidad importante (...) cuando se suman miles de transacciones, se acumulan cantidades significativas de dinero”¹¹⁰.

Ante estas dificultades, la doctrina – sobre todo la extranjera – y la jurisprudencia colombiana – en una menor medida – proponen ciertas *innovaciones* al momento de enfrentar el fenómeno de la contratación estandarizada, al evidenciar que la misma no puede pasar inadvertida ante sus importantes implicaciones económicas y sociales.

dispuesto por varias normas del ordenamiento jurídico colombiano, como por ejemplo el artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹⁰⁷ Algunas de estas sentencias, son recopiladas por: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Y, SUESCÚN MELO, Jorge. Op. Cit.

¹⁰⁸ En este sentido, ver: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit.

¹⁰⁹ KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit. Pág.: 169 – 266. Y, OICATÁ QUINTERO, Rodrigo Alejandro. Op. Cit. Pág.: 113 – 120.

¹¹⁰ OICATÁ QUINTERO, Rodrigo Alejandro. Op. Cit. Pág.: 115 – 116.

Autores como Rusell KOROBKIN F¹¹¹. y Diego F. SALAZAR¹¹², proponen evidenciar que en el contrato de adhesión existen cláusulas *visibles* y cláusulas *invisibles* para los adherentes, de acuerdo con sus intereses, preferencias, etc. y que, es exactamente en este último tipo de cláusulas contractuales, que el predisponente tiende a abusar de su posición en perjuicio de los intereses del adherente¹¹³. Por este motivo, el último de estos estudiosos del tema, plantea la posibilidad de establecer una *garantía mínima de calidad* de los contratos a condiciones generales, que podría definirse a partir de la identificación – por parte del legislador - de cláusulas contractuales que no podrían hacer parte del contenido del contrato por considerarse *abusivas*¹¹⁴. Como se vio anteriormente, esta idea no es extraña en el derecho colombiano, pues la Ley 142 de 1994 (o Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios) y la Ley 1328 de 2009 de reforma financiera, la retoman y desarrollan en algunos de sus artículos (Art. 133 de la primera, y 11 y 12 de la segunda).

Por otro lado, doctrinantes como Luis DÍEZ-PICAZO¹¹⁵ proponen la adecuación o la implementación de mecanismos de interpretación que se adecuen a las realidades de los contratos estándar, petición que la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia hace en uno de sus fallos¹¹⁶. Así, nuevamente, la Ley 142 de 1994 (o Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios) se pone a la delantera en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto a la regulación de los contratos de adhesión, al establecer la regla de la *prevalencia* (Art. 132) – conforme a la cual la cláusula general prima sobre la particular – y la regla de la *condición más importante* (Art. 30) – según la cuál entre divergencia entre condiciones generales, se debe dar prevalencia a aquélla que establezca el núcleo esencial de las prestaciones contractuales.

¹¹¹ KOROBKIN F., Rusell. Op. Cit. Po Rejemplo. Pág.: 194..

¹¹² SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. Op. Cit. Pág.: 3 – 56.

¹¹³ Esta distinción no es del todo extraña para la Corte Suprema de Justicia de Colombia que – en sentencia del 12 de diciembre de 1936 (M.P. Eduardo Zuleta Ángel) – hizo la diferenciación entre cláusulas principales y cláusulas accesorias de los contratos, estipulando, respecto a las primeras, que son obligatorias siguiendo el principio de que todo contrato es ley para las partes y, a propósito de las segundas, que sólo son oponibles al contratante que presta su adhesión “en cuanto se encaminan a precisar el sentido o inteligencia de las esenciales, pero no cuando modifican disimuladamente el alcance de la convención”.

¹¹⁴ Ver: SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato”. Civitas, Madrid (1993). En: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 211- 214.

¹¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia de septiembre de 1947”. Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR cita esta sentencia pero no especifica ni la fecha exacta de la misma, ni el magistrado que le elaboró. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 94 – 95.

Por su parte, Ernesto RENGIFO GARCÍA plantea que el derecho dispositivo debería devenir obligatorio – es decir, norma imperativa – tratándose de los contratos de adhesión, con el objeto de que los predisponentes no sustituyan las normas supletivas y, en su reemplazo, estipulen unas que los favorezcan en perjuicio de los intereses de los adherentes¹¹⁷.

Y, finalmente, Rusell F. KOROBKIN¹¹⁸ – autor antes mencionado – en todo caso enfatiza en la importancia de un control doble (*ex – ante* y *ex - post*) de los contratos de adhesión en general, el cual en nuestro país sólo está reservado para los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y el sistema financiero (Decreto 663 de 1993).

Segundo problema.

De acuerdo con lo expuesto por Marc GALANTER¹¹⁹, el adherente enfrenta algunas complicaciones esenciales al momento de presentar sus reclamos. Por un lado, habitualmente el costo de sus pretensiones es menor al costo de un eventual proceso o procedimiento para la defensa de sus intereses - en términos de tiempo y de recursos – motivo por el cual, la mayoría de las veces desiste de pedir la protección de sus derechos. Y, por el otro lado, por regla general el adherente no cuenta con una asesoría legal adecuada - a diferencia de la firma - debido a los altos costos de honorarios que esto implica. Por ejemplo, Nicolás MANOTAS DEVIS - en relación con el tema de las barreras para el adherente a la hora de presentar su reclamación – propone, entre otros, la creación de jueces de pequeñas causas y la gratuidad total o parcial de los procesos o procedimientos para la defensa de sus intereses, y – adicionalmente - la habilitación de los consultorios jurídicos para que conozcan de los mismos¹²⁰. En este sentido, se busca que por cuestiones económicas los consumidores y/o usuarios no dejen de reclamar ante la vulneración de sus derechos¹²¹.

¹¹⁷ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. Pág.: 193. .

¹¹⁸ KOROBKIN F., Rusell. “Bounded Rationality, Standard form Contracts, and Unconscionability”. Publicado originalmente en: *University of Chicago Law Review* Fall, 2003. 70 U. Chi. L. Rev. 1203. Traducción autorizada por el autor, realizada por Andrés Palacios Lleras, en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes Número 37. Bogotá D.C. (Dic. 2006). Pág.: 174.

¹¹⁹ GALANTER, Marc. Op. Cit.

¹²⁰ MANOTAS DEVIS, Nicolás. Op. Cit. Pág.: 56 – 61.

¹²¹ Los procedimientos de protección al consumidor que se adelantan frente la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, tienen por objeto acabar con las barreras de acceso a la justicia que enfrentan los consumidores al momento de hacer sus reclamos. Sin embargo, esta solución es parcial, ante una sociedad que carece de una *cultura de consumo* y que administrativamente está poco o nada preparada para atender todos los reclamos de los consumidores y vigilar a todas las empresas que ofrecen bienes y servicios.

Tercer problema.

Tercero, en nuestro país es evidente la falta de una *cultura de consumo*, pues si bien – como se vio anteriormente - existen algunas normas que los consumidores y/o usuarios podrían utilizar para la defensa de sus intereses, las mismas muchas veces son desconocidas por las personas, como es el caso – por ejemplo - de las normas sobre competencia desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia¹²². Es por esta razón, que Ana Linda SOLANO LÓPEZ y Paola Andrea CORREDOR VELANDÍA, plantean que el ente estatal y los productores deben asumir una actitud más activa en la creación de una *cultura de consumo* en nuestro país, la cual: (i) no sólo beneficiaría a los adherentes - pues se les protegerían sus intereses - sino también a los empresarios, al prepararlos mejor para competir en un mercado internacional, con leyes y consumidores más exigentes¹²³; sino que igualmente (ii) permitiría que los organismos estatales desarrollaran cabalmente sus obligaciones legales y constitucionales.

Por último, se quiere aclarar que la exposición que se acaba de realizar en este trabajo – a propósito de las *innovaciones* que tanto la doctrina como la jurisprudencia plantean para enfrentar el fenómeno de la contratación en masa, de acuerdo con la importancia económica y social de la misma - son sólo algunas de las ideas y propuestas que hay sobre el tema, es decir, que no pretende ser ni exhaustiva ni concluyente.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ OICATÁ QUINTERO, Rodrigo Alejandro. Op. Cit. Pág.: 113 – 120.

CONCLUSIÓN

Una conclusión general podría ser que si bien en principio los contratos estándar se presentan como un instrumento *adecuado* para lograr las metas de los empresarios y lograr una reducción de los costos de las transacciones en el mercado – lo cual en teoría beneficiaría tanto al predisponente como al adherente del acuerdo jurídico, pues supondría una disminución en el precio – lo cierto es que en la práctica se ha demostrado que los empresarios generalmente utilizan estos contratos en masa con el único fin mantener su posición de dominio en el mercado, en detrimento del consumidor. Esto lo logran los predisponentes, al introducir cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, que establecen derechos adicionales al empresario y, correlativamente, imponen cargas excesivas en el adherente, más allá del factor precio, gracias a la racionalidad limitada del consumidor. Ante esta situación, el mercado – impotente - se limita a ofrecer acuerdos jurídicos. Fundamentándose en estas premisas, doctrinantes – como Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR y Diego F. SALAZAR - defienden y promueven la intervención estatal, ya sea a través de la consagración de un derecho de los consumidores efectivo, oportuno y con costos mínimos¹, o mediante la estipulación de cláusulas contractuales estándar prohibidas². Estas posiciones encuentran cabida en el artículo 78 de la Carta Política de Colombia de 1991.

Sin embargo, en Colombia lo cierto es que, si bien por actual disposición constitucional se estipula tanto la igualdad de las personas ante la ley (Art. 13) como la defensa de los consumidores como grupo (Art. 78), por la importancia que dicha colectividad juega en las economías de los países con tendencia capitalista, el ordenamiento jurídico colombiano – como pudo evidenciarse durante el desarrollo de los capítulos segundo y tercero de este trabajo - poco o nada dispone acerca de los contratos de adhesión y la normatividad de defensa de los consumidores es insuficiente y/o inadecuada al momento de atender los efectos nocivos que pueden presentarse con la utilización de los acuerdos jurídicos en masa. El problema real es que el derecho privado colombiano - aferrándose a postulados tradicionales – no vislumbra prácticamente ninguno de los problemas que en realidad presenta el fenómeno de la contratación estandarizada, sobre todo en lo relativo a la posición abusiva que los predisponentes pueden adoptar en detrimento de los intereses de los consumidores. Así, dichas dificultades son

¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 106 - 110.

² SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. Op. Cit.

analizadas con un sistema jurídico clásico, poco o nada preparado para afrontarlas, como lo demuestran las normas y jurisprudencia en este estudio citadas³. Por lo tanto, es evidente que la antigua premisa de que “los contratos son ley para las partes” sigue rigiendo con total plenitud en el derecho privado colombiano, sin importar los desequilibrios que con su empleo generen las nuevas formas de contratación.

Ante esta situación, se podría afirmar entonces que existe un incumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones constitucionales – si se tiene en cuenta el mandato del artículo 334 de la Carta Política de Colombia de 1991⁴ – y una especie de *poder normativo* que el mismo ha otorgado exclusivamente a los predisponentes para regular sus relaciones contractuales - y, con ello, la actividad económica del país. El objetivo de todo esto – no sería ilógico pensarlo - podría ser doble: (i) beneficiar a algunas de las personas que participan en la cadena de producción – que son quienes tienen los recursos económicos y el poder social - en detrimento de los consumidores, como lo evidencia el día a día de las relaciones comerciales; y (ii) evitar la congestión judicial que generarían los múltiples procesos de consumidores insatisfechos, en un país que ni administrativamente ni judicialmente está preparado para enfrentarlos, y que además está en pleno crecimiento económico.

No obstante, el derecho privado colombiano no puede seguir ignorando el fenómeno de la contratación estandarizada y el rol que los consumidores – como sus propulsores – juegan dentro de los países con economías de tendencia capitalista, sobre todo en un mundo globalizado, con empresas transnacionales, y a puertas de un tratado de libre comercio, como lo ha evidenciado la Organización Internacional de Consumidores⁵.

³ En este sentido, ver: ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. Pág.: 75. Por otro lado, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia evidenció estos problemas, al pronunciarse acerca de la responsabilidad de los productores y/o fabricantes ante productos defectuosos, en su reciente fallo del 30 de abril de 2009 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena): “El extraordinario desarrollo técnico e industrial, caracterizado por la producción en serie y la estandarización de los bienes ofertados, ha dado lugar, a nivel global, a tendencias de consumo masivo que exigen de las sociedades la modernización de sus estructuras económicas y jurídicas para afrontar adecuadamente los retos, en verdad no pocos, que el modelo reclama; por supuesto que las múltiples consecuencias inicuas que él apareja, implican acentuar en diversos ámbitos la intervención estatal con el fin de atenuar el desequilibrio económico y acondicionar así el ordenamiento jurídico a las nuevas prioridades de la comunidad (...)”.

⁴ Artículo 334 de la Constitución Política de 1991. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (...)”.

⁵ Para más información, dirigirse a la página web: www.consumersinternational.org

Así, una posible alternativa para el Estado colombiano ante los problemas que presentan los contratos en masa, podría ser:

- Primero, generar una verdadera *cultura de consumo* y adecuar los organismos estatales competentes para atender los reclamos de los consumidores, a fin de que los consumidores (y adherentes en general) estén al tanto de sus derechos y obligaciones, y no encuentren obstáculos al momento de querer reclamar sus prerrogativas; y
- Segundo, seguir lo expuesto por Rusell KOROBKIN⁶ en el sentido de implementar un control *ex –ante* y *ex – post* de los contratos de adhesión, para evitar los posibles abusos que pueden darse en los mismos: (i) un control *ex –ante*, materializado en un conocimiento de las cláusulas contractuales por parte del adherente (esto implicaría que las mismas sea legibles, estén redactadas en un lenguaje apropiado, etc.) y en un control legal y/o administrativo que estipule un listado de cláusulas consideradas como abusivas en los contratos estándar; y (ii) *ex – post*, que se concretaría en un control ejercido por una autoridad judicial o administrativa competente (como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio) que analice cada caso en concreto.

Sin embargo – y a pesar de lo inmediatamente expuesto - la innovación más importante frente al fenómeno de la contratación estandarizada, deber ser una visión jurídica de los contratos en masa, acorde con las realidades actuales y conforme al interés general de todos los colombianos, es decir, teniendo en cuenta sus implicaciones sociales, económicas y jurídicas.

⁶ KOROBKIN, Rusell. Op. Cit. Pág.: 174..

BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinarias:

ALARCÓN, Luis y Gómez, Irey. “La tensión Estado – Mercado: ¿antagonismo o complementariedad? Revisitando la experiencia latinoamericana”. En: Revista de Ciencias Sociales (RSC) Vol. X, No. 3, de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Zulia (LUZ). Maracaibo (Sept. – Dic. 2004). Págs.: 392 – 408.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos de Adhesión*. En: “Contratos mercantiles”. Tercera edición, Vol. II. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín (1998). Pág.: 51 – 124.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. “Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad”, Editorial José María Bosch. Barcelona (1999).

BEBCHUK, Lucian y POSNER, Richard. “One- side contracts in competitive consumer markets”. Trabajo de discusión N° 534 del John M. Olin Center for Law, Economics and Business de la Universidad de Harvard. En: Michigan Law Review 827 – 836 (2006).

CAHUC, Pierre. “La nueva microeconomía”, Alfomega Colombiana S.A, en coedición con la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional. Bogotá D.C. (2001).

CÉPEDA ESPINOSA, Manuel José. “La responsabilidad del fabricante por productos defectuosos (en el derecho comparado y en la legislación colombiana)”. En: Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Vol. 1°. Bogotá D.C. (Jun. 1986). Págs.: 33 – 74.

COASE, Ronald H. “The Nature of the Firm”. En: *Economica*, Vol.4, N° 16. (Nov. 1937). Pág.: 386 - 405. En la página web:

<http://links.jstor.org/sici?sici=00130427%28193711%292%3A4%3A16%3C386%3ATNOTF%3E2.0.CO%3B2-B>

COHEN, Morris R. “The Basis of Contracts”. En: Harvard Law Review, Vol. XLVI, N° 4 (Feb. 1933).

CORREDOR VELANDÍA, Paola Andrea. “La responsabilidad del fabricante y la protección del consumidor: el punto de vista del productor”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2004).

GALANTER, Marc. “Why de have come out ahead: speculations of the limits of legal change” (1974). En la página web:

<http://marcgalanter.net/Documents/papers/WhytheHavesComeOutAhead.pdf>

HALE, Robert L. “Coercion and Distribution in a Supposedly Non – Coercitive State”. En: *Political Science Quarterly*, Vol. 38, N°3 (Sept. 1923). Pág. 470 – 494. Página web:

<http://www.jstor.org/pss/2142367>

IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. “Los derechos de los consumidores y usuarios. Fundamentos constitucionales y desarrollo legal”. En: *Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, revista de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, N°94. Bogotá D.C. (Jun. 1998). Págs.: 104 - 165.

KENNEDY, Duncan. “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”. En: *Maryland Law Review*, Vol. 41, N° 4 (1982).

KENNEDY, John F. Discurso ante el Congreso de los Estados Unidos de América. Marzo 15 de 1962. En: <http://www.consumersinternational.org>

KOROBKIN F., Rusell. “Bounded Rationality, Standard form Contracts, and Unconscionability”. Publicado originalmente en: *University of Chicago Law Review* Fall, 2003. 70 U. Chi. L. Rev. 1203. Traducción autorizada por el autor, realizada por Andrés Palacios Lleras, en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes Número 37. Bogotá D.C. (Dic. 2006). Pág.: 169 – 266.

LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”. En: *Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas* N° 105 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. (Jun. 2003). Pág.: 231 – 251.

LÓPEZ CAMARGO, Javier. “Constitución económica: mercado y derecho del consumo”. En: *Revista Contexto* N° 10, del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (Mayo de 2001). Págs.: 24 – 30.

LÓPEZ CAMARGO, Javier. “Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica”. En: *Revist@ e - Mercatoria*, Volumen 2, Número 2 (2003). Link en la página web:

<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>

MANOTAS DEVIS, Nicolás. “Exposición crítica de los derechos del consumidor en Colombia”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2006).

MARÍN CÓRTEZ, Fabián G. “Público y privado: estudio sobre las transformaciones del derecho, del estado y de la empresa”. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2008).

MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. “Anotaciones sobre análisis económico del derecho”. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. (2005).

MÁRQUEZ ROBLEDO, Felipe. “El derecho como instrumento de la economía”. En: Centro de Estudios en Derecho y Economía (CEDE) N° 1, del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. (2004). Págs.: 129 - 153.

MERCADO PACHECO, Pedro. “El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid (1994).

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “El régimen general de la libre competencia: características generales”. En: *Revista Contexto* N° 2, del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (Abril – Junio de 1998). Págs.: 6 – 23.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación”. Universidad del Quindío. Colombia (2005).

NARANJO MESA, Vladimiro. “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”. Octava edición. Editorial Temis S.A. (2000).

OICATÁ QUINTERO, Rodrigo Alejandro. “¿Ahora quién podrá defendernos? Dificultades en la defensa de los derechos del consumidor”. En: *Economía colombiana*, N° 300. Bogotá D.C. (Ene. – Feb. 2004). Pág.: 113 – 120.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, sexta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2000).

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2005).

PALACIOS LLERAS, Andrés. “Contratos de adhesión: mitos, realidades, y agenda de reforma”. Artículo sin publicar.

PALACIOS LLERAS, Andrés. “La Voluntad en los Contratos de Adhesión: Sociología y Crítica Jurídica, con énfasis en el Análisis Económico del Derecho”. En la página web:

http://works.bepress.com/andres_palacios_lleras/1

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. “Derecho constitucional colombiano”, séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2004).

PÉREZ SALAS, Diego Omar. “La responsabilidad civil por riesgo en Colombia”. Tesis de maestría en Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (2006).

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano”. En: *Vniversitas* Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, revista de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 89. Bogotá D.C. (Dic. 1995). Págs.: 171 – 219.

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “Nuevos retos del derecho comercial”. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín (2000).

POSNER, Richard. “El análisis económico del derecho”. Fondo de Cultura Económica. México. D.F. (1998).

RAKOFF, Todd D. “Contracts of Adhesion: an Essay in Reconstruction”. Publicado originalmente en: *Harvard Law Review*, 1174 (Abr. 1983). Traducción autorizada por el autor, realizada por Andrés Palacios Lleras, en la *Revista de Derecho Privado* N° 37 (Vol de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá D.C. (Dic. 2006), bajo el título de: “Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica”. Bogotá D.C. Pág.: 57 – 168.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “Del abuso del derecho, al abuso de la posición dominante”, segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (2004).

ROERMER, Andrés. “Introducción al análisis económico del derecho”. Cuarta reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. (2008).

RUBIO, Mauricio. “Economía Jurídica: introducción al análisis económico del derecho iberoamericano”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (2007).

SALAZAR, Diego F. “Asimetría de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. En: Revista de Derecho Privado N° 37, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá D.C. (Dic. 2006). Pág.: 3 – 56.

SALAZAR, Diego F. “Aproximación teórica y evaluación experimental del funcionamiento del mercado cuando las transacciones son reguladas por contratos de adhesión”. En: El Periódico Anual de la Asociación de América Latina y el Caribe en Derecho y Economía (ALACDE), de la Universidad de Berkley – California. Periódico número: 061608-1 (2008).

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. “Instituciones de responsabilidad civil”, segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. (2006).

SOLANO LÓPEZ, Ana Linda. “Responsabilidad del fabricante y derechos del consumidor en Colombia: la perspectiva del consumidor”. Monografía de grado dirigida por el profesor Mauricio Rengifo Gardeazabal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Bogotá D.C. (2004).

SOTO, Carlos Alberto. “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”. En: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. (2000).

SOTO, Carlos Alberto. “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”. En: *Vniversitas* Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, revista de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 106. Bogotá D.C. (Dic. 2003). Págs.: 563 – 609.

STIGLITZ, Joseph E. “Stiglitz en Colombia: reflexiones sobre sus planteamientos”. Compilación de: Cecilia López Montaña y Carlos Alberto García. Con la colaboración de: Naciones Unidas (UN), La Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI) y la Fundación Agenda Colombia. Editorial Intermedio Editores S.A. Bogotá (2007).

STIGLITZ, Joseph E. ¿El fin del neoliberalismo? Artículo publicado en: el diario El País. España (2008). Este artículo se puede consultar en la página web:

http://www.elpais.com/articulo/empresas/sectores/fin/neoliberalismo/elpepueconeg/20080720elpnegemp_6/Tes

SUESCÚN MELO, Jorge. “Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”, Tomo I. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes. Bogotá (1996).

VELILLA, Marco. “La evolución de la teoría general del contrato y el derecho del consumidor”. En: Política y derecho del Consumo”, Belisario Betancourt Cuartas. El Navegante. Bogotá D.C. (1998). Pág. 137 - 166.

WIESNER, Luís Roberto. “Sociedad de masas, derecho privado y contratación estándar”. En: Revista de Derecho Privado N° 1 de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes N° 1. Bogotá D.C. (Jun, 1986). Pág.: 3 – 32.

ZULUAGA GIRALDO, Marco Aurelio. “Hacia una política y un derecho del consumo en Colombia”. En: Política y derecho del Consumo”, Belisario Betancourt Cuartas. El Navegante. Bogotá D.C. (1998). Pág. 31 – 36.

Referencias normativas:

- Nacionales:

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Código Civil” (Ley N° 57 de 1887).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: “Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Código de Comercio” (Decreto 410 de 1971).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley de Servicios Públicos Domiciliarios” (Ley 142 de 1994).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre la competencia desleal”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Código Penal” (Ley 599 de 2000).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: “Estatuto del Consumidor” (Decreto 3466 de 1982).

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Estatuto Especial Orgánico del Sistema Financiero” (Decreto 663 de 1993).

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA. “Decreto 741 de 1993. Por el cual se reglamenta la telefonía móvil celular”.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Decreto 990 de 1998. Por el cual se expide el reglamento de usuarios de telefonía móvil celular”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ley 712 de 2001. Por el cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. “Decreto 1818 de 1998. Por el cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos”.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE DE COLOMBIA. Decreto Extraordinario 01 del 2 de enero de 1990, “Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), en lo referente al contrato de transporte y al seguro de transporte”. Diario Oficial N° 39.127 del 2 de abril de 1990.

- **Extranjeras:**

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Código Civil (Decreto Legislativo 295 DE 1984).

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DEL REINO DE ESPAÑA. “Ley general española para la defensa de los consumidores y usuarios de julio 19 de 1984 (Ley 26 de 1984)”.

Referencias jurisprudenciales:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia T – 511 de 1993. M.P”. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C-263 del 13 de junio de 1996”. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Salvamento de voto de la sentencia C- 070 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), de los magistrados José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Caballero”.

CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T – 411 de 1999”. M.P. Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T – 517 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 12 de diciembre de 1936”, M.P. Eduardo Zuleta Ángel.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 28 de mayo de 1963”. M.P. José Hernández Arbeláez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 15 de diciembre de 1970”. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 29 de agosto de 1980”. M.P. Humberto Murcia Ballén.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 30 de enero de 2001”. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 27 de agosto de 2008”. M.P. William Namén Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 30 de abril de 2009”. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Otras:

INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA, Observatorio Legislativo. “Estatuto del Consumidor”. Boletín N°107, Bogotá D.C. (Sept. 2008).

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. “Circular única, Título II”. En la página web:

<http://www.sic.gov.co/pdf/Circular%20unica/Titulo%20II%20Proteccion-NULIDAD%20pvc.pdf>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Guía del Consumidor”. En la página web:

http://www.sic.gov.co/Informacion_Interes/Preguntas_Frecuentes/Guia_Consumidor.php