



ESCUELA MAYOR DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO
CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL
**LA ASIMETRÍA NEGOCIAL ENTRE LAS PYMES COLOMBIANAS Y LAS
GRANDES SUPERFICIES**
EL DÉBIL JURÍDICO EN LA RELACIÓN CONVENCIONAL POR ADHESIÓN

AUTOR: *CAROLINA GÓMEZ LEÓN*
DIRECTOR: *ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO*

Bogotá D.C., 2022

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Firma del presidente del jurado

Bogotá D.C., 2022

A mi madre, por su ejemplo y bondad infinita.

Contenido

Índice de abreviaturas	8
Índice de figuras	10
Introducción	11
Agradecimientos.....	15
Abstract.....	17
Resumen.....	19
Marco conceptual.....	21
Capítulo I. La autonomía de la voluntad y la fisonomía del contrato en el derecho privado.....	26
1. Introducción.....	26
2. Definiciones de la autonomía de la voluntad.....	29
<i>2.1. Implicaciones filosóficas e históricas del principio de la autonomía de la voluntad.....</i>	<i>32</i>
<i>2.2. Limitaciones de la autonomía de la voluntad.....</i>	<i>36</i>
<i>2.2.1. Aplicaciones del principio de la autonomía de la voluntad.....</i>	<i>38</i>
<i>2.2.2. La autonomía de la voluntad como libertad.....</i>	<i>39</i>
<i>2.2.3. La autonomía de la voluntad como autonomía contractual.....</i>	<i>42</i>
3. El contrato.....	44

3.1. Origen y contexto histórico.....	46
3.2. Definiciones.....	48
3.3. La oferta y propuesta como contrato.....	53
3.4. Los elementos y las características del contrato.....	56
3.4.1. El consentimiento de las partes.....	58
3.4.2. La capacidad para contratar.....	59
3.4.3. El objeto del contrato y sus limitaciones.....	60
3.5. Condiciones para la existencia y la validez del contrato.....	61
3.6. La nulidad del contrato.....	64
3.7. La función del contrato.....	69
3.8. Interpretación de los contratos.....	72
3.9. La clasificación del contrato.....	76
3.9.1. Los contratos modernos, sabios e inteligentes.....	78
3.9.2. El contrato digital y la tecnología blockchain.....	80
3.9.3. Características del contrato digital.....	82
Colofón	84
Capítulo II. La contratación por adhesión.....	86
1. Introducción.....	86
2. Definiciones del contrato de adhesión	87
2.1. Los presupuestos esenciales del contrato de adhesión	91
2.2. El principio de la libertad de forma y la autonomía negocial en el contrato de adhesión.....	92
2.3. Ámbitos de aplicación y sujetos del contrato de adhesión.....	95

2.4. Clases de contrato de adhesión.....	100
2.4.1. Los contratos con condiciones generales y el uso de formularios.....	101
2.4.1.1. La contratación por adhesión entre empresarios y la contratación con condiciones generales en el derecho comparado.....	103
2.4.1.2. La contratación por adhesión y los contratos prediseñados.....	106
2.4.2. Contratos tipo y contratos normativos.....	111
2.4.3. La contratación por adhesión con consumidores B2C.....	114
2.4.4. La contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme.....	117
2.5. El derecho proactivo en los contratos de adhesión.....	120
2.6. Los principios generales del derecho y el equilibrio contractual en los contratos de adhesión.....	123
2.6.1. La interpretación de los principios jurídicos como fuente de derecho en los contratos de adhesión.....	124
2.6.2. El principio de buena fe en los contratos de adhesión.....	128
2.6.2.1. Características del principio de buena fe en los contratos de adhesión.....	129
2.6.2.2. El principio de buena fe en los contratos de adhesión entre empresarios B2B y B2b pymes.....	131
3. Las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad en los contratos de adhesión.....	134
3.1. La teoría del abuso del derecho en el contrato de adhesión.....	136
3.2. La interpretación de los contratos de adhesión en la doctrina y en la jurisprudencia	141
Capítulo III. El débil jurídico en la relación convencional en Colombia	145
1. Introducción.....	145

2. Antecedentes del contrato de adhesión en Colombia.....	147
3. La jurisprudencia y la constitucionalización del derecho privado en los contratos de adhesión en Colombia	150
4. Características generales del contrato de adhesión por consignación en Colombia.....	154
<i>4.1. Antecedentes contractuales y económicos de las G.S. o hipermercados en Colombia.....</i>	<i>156</i>
<i>4.2. Las prácticas comerciales de las G.S. o hipermercados en Colombia.....</i>	<i>161</i>
<i>4.3. El contrato de adhesión por consignación entre las pymes colombianas y las G.S.</i>	<i>165</i>
Colofón.....	167
Conclusiones.....	169
Referencias.....	176
Anexos.....	198

Índice de abreviaturas

ACOPI: Asociación Colombiana de Pequeños Industriales

ANDI: Asociación Nacional de Industriales

B2b: Negocio entre empresario grande con empresario mediano

B2b pyme: Negocio entre empresario con pequeño y mediano empresario

B2C: Negocio entre empresario con consumidor

b2C: Negocio entre pequeño empresario con consumidor

CCI: Cámara de Comercio Internacional

CCE: Ciclo de Conversión de Efectivo

CISG: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

CNUCCIM: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

EOSF: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

FENALCO: Federación Nacional de Comerciantes

INCOTERMS: Términos de Comercio Internacional

G.S.: Grandes Superficies

LCGC: Ley sobre Condiciones Generales de Contratación

LGDCU: Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

PYMES: Pequeñas y medianas empresas

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio

UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

Índice de figuras

Figura 1. Contratos modelo CCI

Figura 2. Contrato de consignación

Figura 3. Mapa del sector minorista colombiano en el 2020

Figura 4. Mapa del sector minorista colombiano en el 2021

Introducción

A la luz del comercio globalizado de mediados del siglo XX (León, 2018, p. 19) se evidenció la necesidad de facilitar el acceso de bienes y servicios mediante la contratación masiva como eje central de un proceso de cambios, lo que trascendió los clásicos fundamentos de la contratación (Larroumet, 1999). Sin embargo, el orden político, económico, social y, especialmente el jurídico, ha buscado mantener la tutela, garantía y promoción de los derechos fundamentales y sociales en el escenario del derecho privado.

En ese orden de ideas, se impuso el negocio jurídico denominado *contrato de adhesión* (Messineo, 1971), cuya característica principal es el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la parte predisponente, que ostenta la posición de dominio en la relación contractual, limitando el elemento esencial del consentimiento del sujeto jurídico débil o contratante adherente (Posada, 2015). Por ello, las limitaciones a la autonomía contractual son tema transversal del derecho privado desde la teoría del abuso del poder contractual y se deben abordar con base en la justicia y la igualdad, para tratar de dar una respuesta por medio de soluciones jurídicas y normativas a una nueva realidad económico social (Castiglioni, 2016).

Por eso, la jurisprudencia y la dogmática contractual han venido acuñando el desarrollo hermenéutico de los principios generales del derecho (Alexy, 1993) y la posible proyección y

fuerza jurídica de los derechos fundamentales en la autonomía contractual. En otras palabras, la exigencia de la tutela del sujeto jurídico débil o contratante adherente como criterio interpretativo en las nuevas propuestas de la constitucionalización del derecho privado (Calderón, 2010), el enfoque de protección diferenciado mediante las limitaciones a la autonomía negocial y la eficacia horizontal de las relaciones particulares entre sí o terceros, son y siguen siendo necesarios para evitar la asimetría del poder negocial (Chamie, 2008). Adicionalmente permiten controlar la posición de dominio (Rengifo, 2004) del sujeto predisponente en la relación contractual por adhesión en un mercado cada día más globalizado.

Se debe advertir que los contratos de adhesión son unas estructuras predisuestas redactadas de manera unilateral por parte de quien ejerce el llamado poder de negociación, generalmente contenidas en formatos preimpresos y de prestación masiva, que no se pueden negociar de manera previa sino aceptarse íntegramente (Moreno, 2014). Propiamente, este tipo de negocio jurídico propende a la posición de dominio del sujeto jurídico predisponente, bajo el creciente poder de los grandes grupos económicos en nuestra sociedad.

Aquí se analiza cómo en los vínculos contractuales de los contratos de adhesión denominados *business to business*, en donde B es un empresario grande o fuerte y, en cambio, b es uno mediano o pequeño, en adelante B2b pymes, y, en el *business to consumer* (Gual, 2015), en donde B es un empresario grande, o b si es una pyme, y C es un simple consumidor o usuario de servicios, en adelante, b2C, y B2C, respectivamente, por lo cual se presume la asimetría contractual y el ejercicio abusivo del derecho de contratar.

A partir de este presupuesto, y teniendo en cuenta que en el negocio jurídico por adhesión hay libertad de las partes al contratar, se delimita y fija esta investigación a las relaciones contractuales B2b pymes, en las cuales surge una nueva problemática entre las empresas debido a la posición de dominio en la relación contractual de la parte predisponente sobre el sujeto jurídico débil o contratante adherente que se ve enfrentado a situaciones estructurales de desigualdad, generadas por la contratación masiva. Por lo tanto, es preciso exigir al Estado que tutele al sujeto jurídico débil o contratante adherente, reafirmando el alcance obligatorio de la norma constitucional en las relaciones entre particulares en las políticas públicas de administración de justicia, mediante el límite a la predisposición contractual –a través de la ley de la oferta y la demanda–, e impidiendo las concentraciones económicas de las corporaciones, que alteren gravemente las condiciones de una verdadera competencia.

La finalidad de esta investigación consiste en demostrar precisamente que en Colombia existe una asimetría negocial en los contratos de adhesión B2b pymes de las cadenas de producción, distribución y comercialización con las G.S. Asimismo, que este tipo de contratación presupone el ejercicio limitado de la autonomía privada de los sujetos contractuales. Por una parte, la del sujeto predisponente, por las normas imperativas de orden público y las buenas costumbres y, por otro, la de la parte débil o sujeto adherente, por la posición de dominio del predisponente contractual.

Por ello, ante la ausencia de una jurisdicción mercantil especializada y gratuita, se infiere la posible violación de derechos fundamentales como el acceso a la justicia, toda vez que, entre otros, el clausulado predispone acudir a la justicia heterocompositiva, el pacto arbitral o cláusula

compromisoria para dar solución a las controversias mediante los métodos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación, cuyos costos comprometen generalmente los capitales de trabajo de las pymes colombianas.

Agradecimientos

Al culminar la investigación dentro del programa de Doctorado de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá D.C., se presenta a continuación su resultado bajo el título “La asimetría negocial entre las pymes colombianas y las G.S.: el débil jurídico en la relación convencional por adhesión”.

En primer lugar, deseo agradecer a Dios, por haberme concedido durante estos años el poder de afrontar la exigencia y dedicación que este trabajo doctoral ha precisado. En el área personal, gracias a mi madre María Magdalena, por su ejemplo, cuidados, sacrificios, consejos y atenciones. A mi hermana Magda, por su soporte incondicional en las lecturas y traducciones. A mis hermanos, sobrinos y demás familia, la gratitud es infinita, por haber padecido mis agobios y tensiones, que han sabido comprender por el amor que nos tenemos.

En segundo lugar, agradezco al Dr. Édgar Iván León Robayo, mi director de tesis, por la orientación general, paciencia y ánimos constantes. Por supuesto, por las múltiples indicaciones para cada capítulo de esta investigación, hasta conformar la unidad que hoy constituye. De manera especial, a mis profesores, al Observatorio de Derechos humanos y al Grupo de Derechos Humanos (De las Casas) de mi Alma Mater, por haberme brindado la oportunidad de formarme

como investigador e ir aprendiendo todo aquello que me facilitó tomar este camino que, en realidad, acabo de comenzar.

Abstract

The center of this research is the unequal commercial relationship in Colombia between the SMEs, or small and mid-size business, and the large commercial establishments, or big stores, which generates an uneven set of rights and obligations. This contractual asymmetry is analyzed through the current laws on adhesion contracts in Colombian private law. Therefore, two actors are clearly distinguished: On the one hand, the SMEs or adherent subject represented by one or several natural or legal entities, and on the other hand, the party with superior bargaining power or commercial retail undertakings with a large surface area (more than two thousand five hundred square meters).

The vulnerability of the fundamental rights of one of the parties in this type of agreements, the SMEs or so-called weak party, is also highlighted. This work further shows how all the clauses in these contracts are already made and prepared unilaterally by the large establishments limiting the scope of negotiation and the essential element of previous consent from the other party. Abusive and restrictive clauses are found in those inequitable contracts that contradict aspects of the Colombian Constitution that call for protection and fair treatment of its citizens.

Respectfully, we propose the protection of the fairness in the adhering contractual relationships between the SMEs and the large commercial establishments through the adoption of the proactive contracting procedures stated in the new Public Contractual Order.

Keywords: Contract, adhesion, bargaining power, adherence, weak party, contractual asymmetry, private law.

Resumen

En esta investigación se analiza la asimetría contractual y la posible vulneración de los derechos fundamentales del sujeto jurídico débil o contratante adherente, frente al sujeto jurídico predisponente en la contratación entre empresarios B2b pymes. Para ello, en primer lugar, se deben diferenciar los sujetos contractuales, por un lado, el sujeto adherente o débil jurídico de la relación convencional por adhesión, constituido por una o varias personas naturales o jurídicas con el tamaño de pequeña y mediana empresa –en adelante, las pymes colombianas–; por otro, el sujeto jurídico predisponente, que tiene la posición dominante en el marco de la relación jurídico privada, constituido por empresas con un formato comercial de gran tamaño de venta al por menor, las G.S.

En segundo lugar, se revisan las discusiones más relevantes acerca de la relación de asimetría contractual en los contratos entre empresarios B2b pymes, cuya característica principal es la predisposición del sujeto jurídico que determina de manera unilateral y previa la totalidad de las cláusulas del contrato, limitando de esta manera el elemento esencial del consentimiento del sujeto adherente o débil jurídico, quien tiene que aceptarlas en bloque. Situación que lleva a inferir el posible desequilibrio contractual y, con ello, a valorar la protección del empresario adherente o parte contractual débil en la relación convencional por adhesión, mediante el enfoque diferenciado, las cláusulas abusivas y restrictivas de la responsabilidad, y otros aspectos que el Estado está

llamado a proteger de acuerdo con los principios propios de la Constitución y, por supuesto, con la valiosa interpretación de los administradores y de la justicia.

Se propone respetuosamente diseñar una política pública que capacite a los operadores jurídicos en materia comercial, la aplicación de la contratación proactiva y el nuevo orden público contractual, que les otorgue idoneidad en la protección del equilibrio en las relaciones contractuales por adhesión entre empresarios, particularmente entre las pymes colombianas y las G.S..

Palabras clave: contrato, adhesión, predisponente, adherente, débil jurídico, asimetría negocial, derecho privado.

Marco conceptual

En el análisis jurídico de la contratación por adhesión y de la tutela del Estado al sujeto jurídico débil o contratante adherente, se encuentra que la normativa, la jurisprudencia y la dogmática contractual han acuñado importantes avances en el derecho privado. En ese orden de ideas, con la constitucionalización del derecho privado, el enfoque de protección diferenciado, las nuevas propuestas de la contratación proactiva, la teoría del abuso al contratar y las cláusulas abusivas y restrictivas de la responsabilidad, se pretende ponderar la asimetría contractual y la posible vulneración de los derechos fundamentales del sujeto jurídico débil o contratante adherente en la contratación masiva de un mercado cada día más globalizado.

Por ello, y para delimitar la cuestión, se fija el análisis de la asimetría negocial en los contratos B2b pymes colombianos con las G.S., como una nueva problemática entre las empresas en las cadenas de producción, distribución y comercialización. La presente investigación jurídica está sustentada en fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales, y cuenta además con el auxilio de fuentes como la filosofía del derecho, la sociología jurídica y el derecho económico.

A continuación, se plantean tres cuestiones que se consideran de interés para la investigación:

- La relevancia de la limitación de la autonomía de la voluntad: pese a que la tendencia actual de la prestación masiva de bienes y servicios impone la contratación por adhesión, debe advertirse con preocupación la limitación a la autonomía contractual de los sujetos jurídicos. Especialmente, el elemento esencial del consentimiento del sujeto débil o contratante adherente como presupuesto fáctico del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que deviene en desigualdades reales en los contratos B2b pyme y B2C.

- El enfoque de protección diferenciado del sujeto jurídico débil o contratante adherente: que es acuñado por la doctrina y la jurisprudencia mediante las limitaciones a la autonomía negocial y el *Drittwirkung* o eficacia horizontal, de las relaciones particulares entre sí o terceros, que son, y siguen siendo, necesarias para evitar la asimetría del poder contractual y controlar la posición de dominio del sujeto predisponente en la relación contractual por adhesión.

- La tutela del sujeto jurídico débil o contratante adherente: se infiere que es al Estado colombiano, enmarcado en los lineamientos de un Estado liberal y social de derecho, al que le compete la tutela del sujeto jurídico débil o contratante adherente, de los contratos B2b pyme, reafirmando el alcance obligatorio de la norma constitucional en las relaciones entre particulares, limitando la predisposición contractual y evitando el abuso del derecho mediante la ley de la oferta y la demanda, e impidiendo las concentraciones económicas de las corporaciones, que alteran gravemente las condiciones de una verdadera competencia.

Para dar respuesta a estas cuestiones, planteamos la formulación de un nuevo enfoque en las políticas públicas, que determine la capacitación de los operadores jurídicos en materia

comercial, las cuestiones actuales del derecho privado como son la constitucionalización del derecho, el nuevo orden público económico y la contratación proactiva, como presupuestos efectivos del ejercicio del derecho fundamental del acceso a la justicia para las pymes en Colombia.

La técnica de la investigación, por lo tanto, es la que corresponde a las ciencias sociales y consta de tres capítulos, a saber:

En el primero se abordarán de manera general los conceptos filosóficos y jurídicos de la autonomía de la voluntad, y su relación con la dogmática jurídica del contrato en el derecho privado. Para lo cual, se refiere al principio de la autonomía de la voluntad según la doctrina, perspectivas generales, definiciones e implicaciones filosóficas e históricas, sus limitaciones y aplicaciones. Asimismo, se hará referencia al concepto general de contrato, previo a poder delimitarlo entre el acuerdo y la convención, equivocadamente contenidos como sinónimos en la normativa colombiana, cuando en verdad no lo son, por su relación directa entre los efectos de constituir, regular o extinguir una obligación. Hasta aquí, su definición, clasificación y tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia.

En el segundo capítulo se analizará la categoría jurídica de los contratos de adhesión, partiendo de la visión de la doctrina y la jurisprudencia de tutelar al sujeto adherente o débil jurídico a través del enfoque diferenciado y las limitaciones a la autonomía de la voluntad condicionada a la normativa general del orden público, así como a las buenas costumbres que este tipo de negocio jurídico presupone. En este sentido, resulta importante abordar los diferentes

conceptos: los contratos llamados atípicos por adhesión, la contratación por adhesión entre empresarios B2b pymes, y la contratación con condiciones generales en el derecho comparado.

Igualmente, y de manera breve, se revisan y analizan los modelos de contratos inteligentes que, utilizando prosa codificada diseñada por expertos informáticos, les permite convertir de manera fácil los contratos convencionales en objetos de contratación estandarizada y automatizada. A su vez, se analizará de manera general la contratación B2C, para delimitar el objeto de estudio de nuestra investigación a la contratación B2b pymes, considerando el significado y la importancia de los principios de la buena fe, el equilibrio contractual contra las cláusulas de exoneración y restrictivas de la responsabilidad, impuestas por el predisponente. De esta manera, se pretende precisar como el sujeto jurídico débil o contratante adherente ha sido objeto de estudio y protección en áreas del derecho constitucional y la jurisprudencia, dimensionadas bajo la constitucionalización del derecho privado.

Y, finalmente, en el tercer capítulo se estudiarán las condiciones de asimetría negocial en la contratación por adhesión B2b pymes en Colombia, por lo que podrá observarse con preocupación que, entre los sujetos jurídicos que la conforman, existe una brecha todavía amplia, entre el sujeto jurídico débil o contratante adherente y el sujeto predisponente que tiene la posición de dominio en la relación contractual, ante la necesidad de tener un sistema uniforme de comercialización y de disposición de inventarios, adquiriendo en cierta forma, el control de otras empresas que requieren tercerizar sus productos o servicios. Igualmente, se centrará el análisis sobre la realidad de la contratación por adhesión entre las pymes colombianas y las G.S., en los canales de distribución, producción y comercialización, particularmente bajo la modalidad del

contrato de consignación, que comporta unas prácticas comerciales que constituyen conductas anticompetitivas y efectos adversos en el ciclo de conversión de efectivo que afecta la liquidez y el flujo de caja de las pymes colombianas.

Por lo cual, y ante la ausencia de una jurisdicción mercantil especializada, se infiere la posible violación de derechos fundamentales como el acceso a la justicia y la igualdad negocial para las pymes colombianas. Toda vez que el clausulado predispone, entre otros, el pacto arbitral o cláusula compromisoria para dar solución a las controversias, mediante los métodos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación. Es bien sabido que acceder a la justicia heterocompositiva implica para las Pymes unos estipendios considerables que generalmente terminan por comprometer los capitales de trabajo.

La totalidad de la tesis está integrada por tres capítulos en los cuales se ha estructurado la presentación de los resultados de la presente investigación doctoral y se formulan las conclusiones.

Capítulo I

La autonomía de la voluntad y la fisonomía del contrato en el derecho privado

1. Introducción

Para examinar la estrecha relación entre la autonomía de la voluntad y el derecho privado, se asocia y privilegia en este capítulo el ejercicio de este principio expresado por las partes en la contratación privada. Por lo cual, esta categoría jurídica –amparada en la igualdad de las partes en los negocios privados– se propone como aquella “(...) exigencia de una intervención constitucional restringida que tiene correlato en la asignación de competencias amplias de regulación a los particulares o a las autoridades políticas por medio de la ley, no de la Constitución” (Calderón, 2010, p. 17). Dada la importancia histórica otorgada a este principio por filósofos, doctrinantes y, especialmente, por la ideología liberal de la codificación decimonónica, a continuación, se hará referencia a la autonomía de la voluntad como sinónimo de la libertad del individuo, y al instrumento legal para la regulación de las relaciones sociales.

En la medida que la noción de la autonomía de la voluntad y la autonomía de los particulares son reconocidas como facultades del individuo para autodeterminarse, Saavedra afirma que no es necesario diferenciarlas, por el contrario, las considera equivalentes funcionales, y referencia la autonomía de la voluntad en dos libertades básicas: la de contratar y la de

contratación. Mientras aquélla se refiere a saber las condiciones subjetivas, objetivas y modales de la contratación, ésta alude al contenido de lo convenido. (Saavedra, 2019, p. 1).

Ahora bien, aquella concepción decimonónica de la intangibilidad de la autonomía de los particulares para regular sus relaciones se ve bastante alejada de la realidad contractual a partir de la mitad del siglo XX, con la imposición de la contratación en masa que elimina por completo el ejercicio de la libertad de contratación. Por ello, para López el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes debe contener “(...) limitaciones impuestas por las normas del nuevo orden público contractual y las buenas costumbres para evitar arbitrariedades que puedan afectar el bien común y el principio de solidaridad que subyace en todo Estado social de derecho” (López, 2012, p. 435). Se tratará entonces de asociar la idea de contrato con el derecho privado y del derecho de mercado como el espacio propicio para el intercambio libre de bienes y servicios, y por ello es relevante recurrir al derecho a la igualdad como concepción liberal de la autonomía de los particulares en la libertad contractual.

Asimismo, en el ámbito exclusivo del derecho privado para la autorregulación de los particulares en virtud de la autonomía privada, se justifica diferenciarla como potestad restringida por el derecho público. Es así como la jurisprudencia constitucional colombiana “(...) plantea una distinción a partir de la existencia o inexistencia de normas imperativas o de la presencia o ausencia de un contrato” (Corte Constitucional, sentencia T-348 de 2005).

Distinción que subyace en las competencias de la ley imperativa, en cuanto norma de carácter obligatorio respaldado por la coacción del derecho público. Sin embargo, advierte que se podrá establecer una limitación de carácter excepcional en un negocio jurídico, mediante la acción

de la Constitución, cuando se trate de evaluar una situación de desigualdad sustancial en la capacidad de negociación –una disputa entre dos particulares– con ocasión de una controversia contractual o precontractual, porque uno de ellos se ubica en una posición de poder que aniquila las posibilidades de defensa efectiva de la persona que, en el otro costado, ha concurrido a la relación (Corte Constitucional, sentencia T-222 de 2004).

De igual manera, se tratará la limitación de la autonomía de la voluntad como voluntad contractual, reconociendo que si bien el contrato será el instrumento privilegiado por el derecho privado a fin de regular las relaciones entre los particulares (Bobbio, 1987, p. 1, citado por Calderón, 2010, p. 10), la complejidad de las transacciones comerciales de mediados del siglo XX impuso el contrato de prestación masiva con estructuras predispuestas para agilizar los mercados de bienes y servicios. Por lo cual, el derecho privado enfrenta grandes retos para poder garantizar la igualdad real y efectiva entre los sujetos jurídicos, como resultado de la reformulación de los clásicos fundamentos de la contratación mediante su constitucionalización, el control de las cláusulas abusivas y restrictivas de la responsabilidad.

En ese orden de ideas, para tratar de evitar la asimetría negocial en la contratación por adhesión, al limitarse la libertad de contratación, es imperioso establecer por parte del Estado y los operadores jurídicos el enfoque diferenciado de la parte débil, ante la posible restricción de elementos esenciales del contrato, como son la autonomía de la voluntad, el consentimiento y el principio de conmutatividad en todo contrato. Atendiendo a que en los contratos o relaciones jurídicas por adhesión se privilegie la autonomía de la voluntad y por tanto la igualdad negocial, se acudirá, *prima facie*, a la regulación del derecho privado o a aquellas garantías que rodeen el

proceso de negociación (restricciones sobre el objeto o los vicios contractuales) y a las cargas imponibles a las partes (deber de diligencia, de información, publicidad, entre otros).

Finalmente, se hará referencia a las perspectivas generales de la autonomía de la voluntad y a las cuestiones actuales del derecho privado que impactan la libertad de contratación, para entender la predisposición del sujeto contratante en el clausulado de los contratos de adhesión, lo que significa para el sujeto jurídico débil o contratante adherente en los contratos con consumidores y entre empresarios pyme una limitación de este principio fundamental porque carecen de similar poder de negociación y de respuesta.

2. Definiciones de la autonomía de la voluntad

De manera general, este concepto se describe como la voluntad del hombre, apta para darse su propia ley. De ahí proviene, respecto al individuo, la libertad de: (i) contratar o no contratar (libertad contractual), (ii) de determinar por acuerdo el contenido del contrato, y (iii) de expresar, en principio, su voluntad de cualquier forma (consensualismo). Del mismo modo, es la facultad de querer, la aptitud real para comprender el alcance de un acto (consciencia) y para decidirse (Cornú, 1995, p. 93).

Este alcance del concepto en los negocios entre particulares ha sido valorado por la Corte Constitucional colombiana cuando la define como la facultad de autodeterminación de la persona para contraer derechos y obligaciones, sin otros límites que las buenas costumbres y el orden público (Corte Constitucional, sentencia C-934, 11 de diciembre de 2013). O, cuando, es ejercida

con base en los fundamentos filosóficos del liberalismo y la individualidad, tiene un alcance determinado por las partes de un negocio jurídico para reglamentarse libremente en el ámbito de la libertad contractual (Corte Constitucional, sentencia C-934, 11 de diciembre de 2013).

En este mismo sentido, Ochoa define la autonomía de la voluntad como una facultad del individuo para autorregularse en su esfera personal, pero no la considera un principio de derecho: “(...) el acto tiene un fin lícito, es esa facultad del ser racional al libre albedrío o el poder de autorregularse con un fin específico que, se ejercita estableciendo, disponiendo, gobernando la esfera de la vida privada de la persona” (Ochoa, 2002).

Sin embargo, no comparte el carácter de fuente que algunos doctrinantes otorgan a la autonomía de la voluntad. Ochoa (2002) menciona aquí a Díez-Picazo, para destacar su renuencia al respecto: porque el poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho, solo lo acepta en las obligaciones derivadas de los contratos que tienen fuerza de ley para los contratantes, pero delimitados por el orden social y las buenas costumbres.

Cabe decir que una de las perspectivas que puede afectar el ámbito de acción de la autonomía de la voluntad que se vienen develando, es la constitucionalización del derecho privado. Por lo cual, este proceso de intervención representa un desafío al conjunto de reglas contenidas en las legislaciones y códigos liberales, para resolver las zonas de vacíos, ambigüedades, contradicciones que no pueden ser categorizadas en los conceptos tradicionales de derecho común.

De acuerdo con la Constitución Política colombiana (1991) se establece la eficacia de los principios fundamentales y la responsabilidad del ejercicio de los deberes y derechos, aun en el campo de las relaciones entre particulares (art. 95, Constitución Política). Vale mencionarlo aquí, especialmente ante situaciones que reflejen una relación asimétrica de poder, una posición deficitaria o de indefensión de uno de los contratantes, como sucede con el sujeto jurídico débil en la contratación por adhesión, en particular en las cláusulas predispuestas de los contratos entre empresarios B2b y consumidores B2C.

Ahora bien, Calderón (2010) plantea muy acertadamente que el concepto de la constitucionalización del derecho privado debe desmitificar los presupuestos de equiparación entre particulares, que establece erróneamente el derecho comercial, y “(...) que forma parte del derecho privado como derecho entre iguales, y del derecho público como desiguales, que se localiza en la construcción jurisprudencial del concepto de ‘estado de indefensión’ (2010, p. 21). De hecho, hacia mediados del siglo XX, el impacto social que causaría el reconocimiento de la cercanía entre el derecho y la política, con la reinterpretación jurisprudencial de las llamadas “nuevas formas de entender el derecho” y los derechos fundamentales, permitió incorporar el principio constitucional del Estado social de derecho y la acción de tutela como instrumento de protección de los mismos.

Presupuesto que es adoptado especialmente en la transformación de la cultura jurídica latinoamericana hacia mediados de los noventa y que, preservando los derechos liberales, despliega igualmente los sociales dentro del marco de una economía libre pero solidaria de mercado (López, 2012). En esa medida, el derecho privado tiene grandes retos para responder a una realidad social cambiante, que conduce a los operadores jurídicos a reinterpretar y ponderar la

libertad económica (Constitución Política, art. 333) y el principio de la autonomía de la voluntad. Por lo cual, aquellos argumentos utilizados reiterativamente por los agentes particulares con la posición de dominio en la contratación por adhesión, como son las aseguradoras, entidades financieras y de medicina prepagada, entre otros, desconocen la exigencia de acatar los precedentes judiciales de constitucionalización del derecho y de presentar una justificación objetiva y razonable para negarse a contratar, o por desconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (Calderón, 2010).

Cabe señalar aquí, para la cuestión de la presente investigación, si la limitación de la autonomía de la voluntad en la contratación por adhesión afecta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, al negársele al sujeto jurídico débil o contratante adherente el derecho a negociar previamente el clausulado o a que se le remita obligatoriamente en el clausulado predispuesto a la justicia heterocompositiva para la resolución de controversias.

2.1. Implicaciones filosóficas e históricas del principio de autonomía de la voluntad

El permitirse esbozar una visión filosófica e histórica de los fundamentos de la autonomía de la voluntad, obliga a remitirse brevemente al debate planteado en el ámbito de la filosofía del derecho y la doctrina, entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, así como a la relación entre la moral y el derecho. En este contexto, se encuentran antecedentes en la doctrina filosófica del iusnaturalismo griego, que consideraría a la ley natural como la suprema expresión de las normas o derechos del ser humano, sirviéndoles de propósito y fundamento para autorregirse, porque aquellas son anteriores a los derechos establecidos como un orden social.

De suyo, el fundamento de la naturaleza entendida como fin y el fin natural del hombre, hacen posible la comprensión de las acciones humanas y sus principios propios. (...) hay dos principios de validez, el fin que es el bien común y la ley natural; la ley natural es orden racional (...) (Aristóteles, 2007). En este sentido, el derecho romano recibiría este concepto de la ley natural, que se evidencia como derecho natural, aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, especialmente al modo en que se concibe el derecho entre la racionalidad y los paradigmas filosóficos. En efecto, más adelante, la doctrina tomista conjugaría el pensamiento iusnaturalista con el cristiano para afirmar que la ley natural es el reflejo imperfecto de la *lex aeterna*, conocida por el hombre a través de la razón, y por eso puede distinguir entre lo bueno y lo malo, entre lo que debe ser y lo que no debe ser (Tomás de Aquino, 1997).

De esta manera, la filosofía moderna del idealismo alemán propendería a una generación razonada de la ley natural y la voluntad, sujetadas a la elección racional y al principio de la moralidad –la razón sola determina a la voluntad para realizar un propósito–, que no es más que elegir de tal manera que las máximas personales puedan ser leyes universales, aunque no es una ley natural, “... una voluntad absolutamente buena cuyo principio tiene que ser un imperativo categórico” (Kant, 2003). Esta fórmula, de conexión íntima entre racionalidad y moralidad que conduce a un indudable debate, se resume en hacer lo correcto por razones correctas, “un imperativo que, sin poner como condición ningún propósito” para “obtener por medio de cierta conducta, manda esa conducta inmediatamente” (Kant, 2003). Pues bien, si los principios y las

normas deben regular la autonomía de cada persona, se hace necesario la interiorización de estos al establecerse un criterio de utilidad en lo público, para alcanzar así una mayor estabilidad social.

En autores como Hobbes, Locke, Rousseau, se parte de un consenso para un orden social desde unos requerimientos de legitimidad racionalmente moderna, cimentado sobre aquellos principios aceptados de manera universal. En esta misma línea de pensamiento, el carácter derivado de algunos principios generales considerados como norma consuetudinaria es propuesto por Bobbio para los asuntos de derecho público y ante situaciones de desigualdad de las personas que establecen la relación de subordinación o coordinación (Bobbio, 1999).

Por otro lado, para sostener como fundamento la separación conceptual entre la moral y el derecho, y determinar su estudio a través de la ciencia, el positivismo jurídico propuso una visión pura y autónoma del derecho, formalizada por la escuela de la exégesis. En cualquier caso, esa noción positivista del derecho, definida como el conjunto de normas sin posibilidad de interpretación, y que tan solo debían acatarse (Kelsen, 2009), sería confrontada de manera crítica hacia mediados del siglo XX, por la nueva teoría del derecho antiformalista propuesta por Hart, Dworkin, Rawls o Habermas (López, 2012, pp. 6-7).

En ese mismo sentido, y como resultado de la infortunada experiencia vivida en Europa por los abusos del fascismo escudados en el autoritarismo y militarismo políticos durante la Segunda Guerra Mundial, se replanteó la relación entre los principios generales del derecho y la justicia natural, que subyacen en el nuevo lenguaje de las disposiciones normativas de las constituciones modernas y de la jurisprudencia, que nos son útiles para la interpretación de la

aplicabilidad de los conceptos jurídicos de principio y regla (López, 2012). Consecuentemente, esa relación entre la moral y el derecho a través de los principios se impone al rigor del formalismo.

De acuerdo con Rawls, se parte hipotéticamente de una posición original, en la cual las personas se reúnen para plantear los principios sobre la libertad y la igualdad con las condiciones imparciales de las convicciones, que cada cual acepta y sabe que los otros aceptan tales principios de la justicia y que las instituciones sociales básicas los satisfacen de manera general:

(...) no es indiferente a los principios del derecho contenidos en el criterio primordial de la unidad de la persona moral, que se manifiestan en la coherencia de su proyecto como principios de la elección racional, la interpretación de las convenciones y de la equidad, como un orden superior que ha de seguirse en formas congruentes con su sentido del derecho y de la justicia (Rawls, 1995, pp. 86-87).

Así las cosas, el principio de la igualdad en un marco contractual colectivo puede ser garantizado por un velo de ignorancia que imposibilite a los participantes del contrato tener conocimientos particulares para asegurar el tratamiento equitativo de las distintas concepciones del bien. Se requiere entonces un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan tal división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas adecuadas. Tales postulados son los de la justicia social, que permiten la asignación de derechos y deberes en las instituciones sociales básicas, y garantizan la definición de “la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social” (Rawls, 1995).

En ese sentido, Mora (2020) se refiere a la finalidad de los principios y la diferencia con las reglas en la práctica jurídica. Para ello, recuerda el problema que surgió entre el modelo de las reglas que caracterizó el positivismo de Hart (Mora, 2020, p. 2), y la tesis de los principios de Dworkin. (Santos, 2004)

Del mismo en modo, Alexy (1993) se refiere a los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, cuando ordenan que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas, a diferencia de las reglas que son normas que una vez validadas debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos.

2.2. *Limitaciones de la autonomía de la voluntad*

Analizar las posibles limitaciones de la autonomía de la voluntad obliga a remitirse a la noción de orden público como manifestación imperativa del ente que ejerce el poder político, que se impone a todas las voluntades individuales (Moreno, 2012, p. 107) con el fin de mantener la paz, el bienestar común y los intereses fundamentales de toda sociedad. En consecuencia, se debe precisar el contenido y el alcance del orden público como un agregado de circunstancias de vida social, instauradas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectarla directamente, no pueden ser alteradas por decisión de los individuos (Ochoa, 2002).

Por otro lado, en el ámbito legal el significado de la autonomía de la voluntad como principio general y libertad contractual es limitado por el orden público entendido como una cuestión de equilibrio entre el bienestar individual y el colectivo, que se persigue como fin último

de toda sociedad. Propiamente, la perspectiva propia del siglo XIX de culto a la ley se predica de la ley imperativa o de orden público que, se amplía con la aparición de la Constitución Política (Moreno, 2012, p. 107), porque cumple una relevante misión funcional y técnica en el ámbito jurídico por las amplias facultades otorgadas a la autonomía de la voluntad, solo delimitadas por dicha norma.

En sentido semejante, la visión positivista y formalista del derecho fue permeada por la teoría de la autonomía volitiva limitada al orden público y buenas costumbres. Especialmente el Código de Napoleón buscó garantizar la autonomía de la libertad privada y establecerlo muy claramente, que las son inderogables las leyes que interesen al orden público y las buenas costumbres por acuerdos particulares. Y así lo preservan en la mayoría de las legislaciones actuales. En esencia, el ejercicio de los derechos tiene como límite el orden público (Ochoa, 2002), que surge del sistema jurídico y no puede trascender el espíritu del legislador.

Para permitirse un criterio amplio y general, se aborda la limitación de la autonomía de la voluntad en virtud del nuevo orden público contractual, lo cual obliga a referirse al fenómeno jurídico de la constitucionalización del derecho privado (Calderón, 2010). Por ello, la incidencia de la Constitución y su interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional han planteado a la doctrina nuevos retos para el análisis del principio de la autonomía de la voluntad y la limitación del ejercicio negocial. Lo cual conlleva una fuerte tensión entre la ley del mercado y los derechos constitucionales, por ello debe inferirse que el vertiginoso devenir de la vida en sociedad y los avances científicos y tecnológicos permiten retar a los diferentes ordenamientos jurídicos a no relativizar el derecho.

Respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales en los instrumentos internacionales y convenciones¹, los conceptos de la autonomía de la voluntad y el orden público son fluctuantes en función de las coordenadas históricas. En general, asumen especial importancia en el alcance inmediatamente obligatorio de la norma constitucional para los operadores jurídicos como intérpretes de una realidad cada día más cambiante, que impone una reinterpretación actualizada de los principios y las instituciones jurídicas.

2.2.1. Aplicaciones del principio de la autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad tiene una relación directa con los principios de la autonomía contractual y de la igualdad jurídica, manifestados de manera evidente en los postulados de la Revolución francesa y americana que orientaron las corrientes del liberalismo político y del modelo del Estado liberal, que evolucionó paulatinamente al Estado social de derecho hacia la segunda mitad del siglo XX y que consagró la libertad del individuo como una facultad individual no absoluta, el fin social de la propiedad y, por tanto, el carácter social de la economía como motor del bien común de toda sociedad.

De la misma manera, el reconocimiento constitucional de los derechos y las libertades individuales permeó la dogmática contractual moderna. Principalmente, en los vigorosos cambios de la doctrina contractual francesa e italiana de los principios de la autonomía de la voluntad, la

¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976; Carta Internacional de Derechos Humanos, 1976; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976; Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

libertad e igualdad contenidos en el acto o negocio jurídico, que determinaron la autonomía contractual como facultad de los sujetos jurídicos, en virtud del reconocimiento de la fuerza normativa u obligatoria del contrato.

Se advierte que, la competencia del principio *pacta sunt servanda* no es ilimitada, porque queda supeditada a las normas imperativas del orden público y las buenas costumbres contenidas en las constituciones y códigos. En ese orden de ideas, la limitación de la autonomía de la voluntad en los contratos se confirma con la teoría de las cláusulas abusivas (Gual, 2015, p. 39), otorgada por el carácter negativo y la prohibición de incluirlas en los negocios jurídicos por adhesión, para proteger al contratante en condiciones de inferioridad, como una justa reacción contra el individualismo y el absolutismo jurídico (Saleilles, 1999).

2.2.2. La autonomía de la voluntad como libertad

La libertad atribuida a la voluntad de todos los seres racionales es esa independencia entre las dos libertades de la persona: por un lado, la libertad individual entendida como autodeterminación, y por otro, la libertad entendida en su acepción colectiva como miembro de una sociedad. A este respecto, es necesario definir el alcance de la libertad individual como sujeto de derechos, de una manera clara: es la posibilidad que todos tienen a expresar su opinión, a profesar sus inclinaciones, a desplazarse de un lugar a otro, a asociarse². Así, la verdadera libertad y autodeterminación son los pilares de un consenso civil.

² Constant, Discurso de 1819, citado por Aguilar, 1998.

Asimismo, esa libertad es armonizada como presupuesto del ejercicio a la libre disposición para conseguir un fin que reconoce autonomía a la persona para determinar de forma libre la reglamentación que le sirva “(...) de la mejor manera posible a la consecución de su máximo beneficio” (Pájaro, 2006, p. 14), y es otorgada a los particulares para determinar su propiedad y satisfacer sus necesidades individuales. Contextualmente, la autonomía de la voluntad como la libertad en su acepción de los entes colectivos, se evidenciaría durante el siglo XVI con las primeras asociaciones comerciales del mercantilismo (Scheifler, 1990, p. 107), que impulsaron el crecimiento del comercio internacional de mercaderías y se unieron en los gremios de comerciantes y artesanos. Más adelante, hacia mediados del siglo XVIII, con los postulados de la Ilustración y la escuela de la fisiocracia, se establecería una estrecha relación entre el derecho y la doctrina económica, bajo los principios liberales de la libertad individual y económica, y rechazando la injerencia del Estado en los asuntos particulares.

En tal sentido, los postulados fundamentales del capitalismo moderno y de la libertad natural de *la mano invisible*, que armonizarían los intereses de la persona con los de la comunidad desde el principio económico *laissez faire laissez passer* (Smith, 2013, p. 346), justificaban la intervención del gobierno, solo si estaba dirigida a asegurar la libertad del mercado, ya que la riquezas de las naciones presuponía la suma de las individuales y el bienestar social resultaba más fácilmente alcanzable si los individuos buscaban su propio beneficio sin limitaciones (Smith, 2013, p. 346).

En cuanto a esa libertad jurídica con un fin estrictamente económico, el siglo XVIII traería consigo la llamada Revolución Industrial o el fenómeno de la ciencia aplicada a los procesos

industriales, que permitió mercados globalizados por la producción en serie y a gran escala, las mejoras en el transporte de personas y mercancías. Breccia *et al.* se refieren a los impactos del resultado de este fenómeno social:

(...) como de una gran riqueza entre la clase burguesa de los monopolios y oligopolios industriales, pero de gran impacto sobre la ‘cuestión social’, casi del todo ignorada al tiempo de las codificaciones. Sin embargo, cuando aún no se había formado un proletariado, parte débil o clase trabajadora cada vez más empobrecida por los abusos de esa libertad salvaje, ni se habían difundido las ideologías socialistas. (Breccia et al., 1995, p. 613)

La eficiencia y los resultados económicos cobraron importancia en la disminución de los costos de producción, pero también una transformación del principio de la libertad contractual con acentuación de la disparidad de poderes sustanciales entre las partes del contrato (Breccia et al., 1995). En ese ámbito, los empresarios y comerciantes empezaron a elaborar contratos con contenidos uniformes masivamente con el propósito de vender bienes y prestar servicios a todas las personas que los solicitaran, para satisfacer sus necesidades o deseos de adquirir (Posada, 2015).

Es de anotar que el fenómeno de la globalización de los mercados, cuyo origen se enmarca en la segunda mitad del siglo XX, precisa la existencia de un derecho ajeno a los Estados, que regule armónicamente las relaciones mercantiles expresadas en los contratos transfronterizos (León, 2018, p. 39). Este fenómeno impuso la atipicidad del negocio jurídico denominado *contrato de adhesión*, con el cual se activaría una serie de autorregulaciones y cláusulas contractuales innovadoras. De igual manera, controles para limitar la autonomía de la voluntad del predisponente

y buscar el principio conmutativo de los contratos para proteger al débil jurídico o contratante adherente de las cláusulas abusivas y, de esta manera, al lado del consumidor entraría también el mediano y pequeño empresario (Gual, 2015, p. 76).

2.2.3. La autonomía de la voluntad como autonomía contractual

El postulado de la autonomía de la voluntad como facultad y derecho subjetivo individual se incorpora a la autonomía contractual con la noción de la subjetividad, del sujeto jurídico como el centro de imputación de derechos y deberes (Kelsen, 2009, p. 224) o, en general, en el ejercicio de la libertad contractual de los sujetos jurídicos sobre aquellas situaciones jurídicas subjetivas que poseen la soberanía de la voluntad y la fuerza obligatoria de lo pactado. Para entender la autonomía negocial como la libertad de los sujetos para contratar o no, con o sin formalidades –la naturaleza del vínculo contractual (Larroumet, 1999, p. 167)–, es necesario remitirnos a la ideología liberal y “libertista”, presente en la base de la disciplina del contrato durante la época de la codificación. Disciplina del contrato concebida como una exigencia enderezada a la defensa de intereses egoístas en contraposición con la utilidad social: solo a los individuos competía establecer de manera soberana si –con quién, sobre qué cosa, con qué forma, con cuáles reglas– se deberían disciplinar los propios negocios.

Esta es la idea originaria de autonomía privada en el contrato (Breccia et al., 1995, p. 612). Entre otros, es la libertad jurídica o autonomía negocial, considerada fuente supletoria en el desarrollo jurisprudencial constitucional, para la interpretación de los contratos en el marco de la noción de orden público como norma imperativa inderogable. Del mismo modo, la autonomía de

la voluntad como una imputación de derechos y deberes en el ámbito colectivo, se encuentra de acuerdo con lo postulado por Breccia en el derecho de asociación de las personas jurídicas conocidas como asociaciones, fundaciones, sociedades de capital, que permiten al derecho mercantil la clasificación de los sujetos jurídicos en los individuales, que se identifican con las personas físicas y, en los entes colectivos, ha de diferenciarse a las personas jurídicas reconocidas, de aquellas que no lo están y que requieren de una representación legal para su funcionamiento (Breccia et al., 1995, p. 107).

En este sentido, el concepto, los alcances y el ejercicio de la autonomía colectiva presuponen una subordinación de la autonomía individual en virtud del reconocimiento de los derechos consagrados en la Constitución Política, que se evidencia en las relaciones de trabajo y en las actividades sindicales. Por ello, la normativa especial laboral y el orden público regulan y limitan las relaciones de los sujetos contractuales del patrono y el trabajador. Finalmente, el principio *in dubio pro operario*, consagrado en favor del trabajador, constituye un antecedente importante del enfoque diferenciado del sujeto jurídico, por su condición de parte más débil.

De hecho, a lo largo del presente estudio se propone el enfoque diferenciado como una de las alternativas para la protección de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia de los pequeños y medianos empresarios ante la asimetría negocial en que se encuentra este sujeto adherente al suscribir un contrato por adhesión con las G.S. Igualmente, se remite su protección al Estado, a través de una política pública que capacite a los operadores jurídicos en el desarrollo que la dogmática y la jurisprudencia han venido acuñando sobre estas categorías jurídicas.

A continuación, se abordará la fisonomía del contrato desde los márgenes de su origen, concepto, características y evolución hasta los denominados contratos modernos, sabios, inteligentes y digitales. Itinerario que develará la crisis de la teoría clásica o lo que la doctrina llama “la desaparición” o “muerte” (Gilmore, 1974; Saavedra, 2019) del contrato. Se evidenciará una tendencia de esta categoría jurídica cada vez más volátil y subjetiva, que obliga al derecho privado a reconocer las vicisitudes del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la condensación o pérdida total del derecho libertad de contratación de las partes, causada por la contratación por adhesión en un mercado cada día más globalizado.

3. El contrato

El referente conceptual del contrato se remite al acuerdo de voluntades otorgado por los miembros de una sociedad, para buscar la paz y el bienestar común. Es también reconocido como el consenso civil, que da origen y encaja con las libertades, derechos y deberes de los ciudadanos (RAE, 2020). Esto ha permitido al derecho tratar los fenómenos sociales que surgen de los pactos entre los individuos conforme a los principios éticos originados en los usos y las prácticas. De igual manera, ha sido adaptado como un cuerpo legal dispositivo para facilitar la evolución económico-social del Estado, sobre la cual debe edificarse toda sociedad pluralista.

Por otra parte, el concepto tradicional del contrato propuesto por la dogmática civil y comercial como aquella expresión de la voluntad de las partes, se ha venido transformando en el tráfico jurídico. Por ello, se comparte lo propuesto por Duque sobre la necesidad de revisar esta categoría jurídica y elaborar un nuevo concepto que advierta cuáles son las necesidades de un

mundo desarrollado, sin fronteras, en el que el hombre se enfrenta a “seres anónimos, ficticios, máquinas u hombres que se comportan como máquinas” (Duque, 2008, p. 453).

En tal sentido, y debido al proceso de globalización comercial desde mediados del siglo XX y por los efectos de la tecnología disruptiva del siglo XXI, se evidenciarían los retos para el derecho privado desde la perspectiva de la limitación del consentimiento en la contratación por adhesión. Cabe precisar que la doctrina y la jurisprudencia han venido desarrollando propuestas según el fin económico del contrato y la solidaridad social, en función de la buena fe, la proscripción del abuso, el justo equilibrio y proporción (Corte Suprema de Justicia, sentencia agosto 30 de 2011), para delimitar la posición de dominio del sujeto contractual predisponente y proteger al sujeto jurídico débil o contratante adherente, en la medida que en la contratación por adhesión se limitan la autonomía de la voluntad y el consentimiento de los sujetos contratantes rompiendo con el paradigma de los elementos esenciales del negocio jurídico denominado contrato.

A continuación, se propone un análisis desde el origen del concepto semántico del contrato como un acuerdo de voluntades hasta las nuevas propuestas de hacer y diseñar los negocios jurídicos en el derecho proactivo, identificando las características y modalidades de los llamados contratos sabios o “inteligentes”, que permiten una contratación sostenible para estimular el aumento de las transacciones con una mayor certidumbre y reducir los costos de posibles conflictos contractuales.

3.1. *Origen y contexto histórico*

Desde una perspectiva histórica breve, el concepto del contrato se expresaba a partir de la necesidad innata del ser humano de buscar protección sobrehumana para investir de solemnidad los pactos verbales y acuerdos de voluntades mediante fórmulas mágico-religiosas (Barberis, 2015, pp. 227-240). Luego, a fines del siglo XI con las glosas incorporadas al Corpus Iuris Civile³¹¹ al contrato se le categorizó como la fuente de las obligaciones, junto con el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley (Barrera, 2004).

A este respecto, y en una época en la que la sociedad romana había cambiado por la expansión del imperio, en el derecho justiniano se permitió que el *ius Gentium* (Gayo, 2000) regulara las actividades sociales y comerciales. Vale anotar que la evolución del fundamento de la obligatoriedad del contrato, establecida inicialmente como un vínculo físico-material a un vínculo jurídico-patrimonial *inter vivos*, fue considerada esencial para el desarrollo del comercio romano (Salcedo, 2010).

Pues bien, en esa misma fuente del derecho romano enriquecida por el *Digesto*, se establecerían los elementos esenciales del contrato que no pueden ser modificados porque alteran la sustancia y, por consiguiente, se convierten en otra cosa, lo cual no acontece si se modifican aquellos que son accidentales (Accursius, citado por Alarcón, 2012, p. 183). Igualmente, los

³ En su estructura, la obra se presenta precedida de una constitución por un tratado elemental: las instituciones, y luego dos partes principales respectivamente destinadas a contener la jurisprudencia (Digesto) y las constituciones imperiales (Código). (Samper, 2007, pp. 19-21)

fundamentos de la inexistencia y validez de los contratos en el sistema jurídico romano determinaron una forma exclusiva de generar obligaciones, y a los negocios jurídicos innominados se les dotó de acción por medio del pretor⁴¹³, porque en su esencia estos seguían compilando los mismos elementos de obligatoriedad y tipicidad. A partir del siglo XI, la tradición del derecho romano y del derecho consuetudinario se expresaría jurídicamente en Francia y en Alemania hasta mediados del siglo XVIII. En ese sentido, en el derecho francés anterior al Código Napoleónico se crearía un conflicto respecto del concepto de las fuentes, que caracterizaría ese paralelismo con el derecho alemán ocupando a los juristas (Garrido, 2020, pp. 335-358) y a los pandectistas alemanes de las escuelas germanistas iusnaturalistas, en contra de muchos de los planteamientos del derecho romano.

Esta discusión, que tuvo como protagonistas a germanistas y romanistas, se relacionó con la dimensión “material” o interna del problema político de las fuentes, pues perturbaba la vida interna del derecho alemán particular: romana, recibida en el Renacimiento europeo del siglo XI y proyectada por la vía del *ius commune* desde Italia, girando paulatinamente su estudio a Francia y Alemania con el humanismo jurídico a partir del siglo XVI, hasta presentarse en esta última con la *Pandektenwissenschaft* como la gran nación del derecho romano decimonónica, punto de partida necesario “para el estudioso de aquel derecho clásico, modelo culto de derecho civil”. (Garrido, 2020, pp. 335-358)

⁴ Esa circunstancia de hecho (que no tenía reflejo en el *Ius civile* como vicio de la voluntad que perjudicase la correcta formación de la relación jurídica) fue dotada de eficacia jurídica por el Pretor, a través de su reconocimiento en el proceso como un medio de defensa. (De Miranda, 2016, p. 43)

A *contrario sensu*, en España hacia la Alta Edad Media se desarrollarían obras jurídicas de trascendencia que elaboraron la teoría general del contrato, desde los principales aspectos de la voluntad y el consentimiento: el *Fuero Juzgo*⁵, las *Siete Partidas* (Samper, 2007, p. 21), el *Fuero Real*, entre otras instituciones jurídicas. Asimismo, en Italia durante la Baja Edad Media y con el desarrollo del comercio, surgiría la necesidad económica del uso del contrato real, con los principios del consensualismo y el acuerdo de voluntades que empezarían a imponerse como una forma de crear obligaciones y derechos en los negocios y al que se refiere en las definiciones que se detallan a continuación.

3.2. *Definiciones*

Etimológicamente, la palabra contrato proviene del latín *contrahere*⁶, que significa reunir, contraer. Igualmente, y en una noción más precisa, se le consagra al contrato como una modalidad de convención que tiene por objeto crear una obligación o transferir la propiedad (Cornú, 1995, p. 217).

Así que, conforme a la clasificación tradicional romanista del contrato, es una de las fuentes de las obligaciones, que la doctrina moderna establecería para diferenciar entre acto y hecho jurídico, y constituirlo como fuente de las relaciones jurídicas y no solo de las obligaciones

⁵ El *Fuero Juzgo* fue conocido previamente como “*Liber Iudiciorum*”. Su conformación no obedece a un legislador, ni fue elaborado en un tiempo breve; por el contrario, son leyes decretadas por distintos monarcas e, incluso, fue construido a partir de normas transcritas de fuentes romanas. (Ortiz, 1988, p. 123)

⁶ Significa atraer, arrastrar, estrechar una cosa con otra, únicamente se habla de vinculación para contraer el contrato. (Monroy, 2010, p. 268)

(Barrera, 2004, pp. 8-19). Por otro lado, la noción de contrato que se determina en la teoría francesa del acto o negocio jurídico, se circunscribe al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que lo conforman como garantes y creadores de la ley, que debe prevalecer sobre las otras fuentes del derecho al momento de la interpretación de la intención o el querer de las partes.

En efecto, en una noción amplia se le propone con una vocación de producir efectos jurídicos desde el acuerdo dispositivo de intereses (Colin & Capitant, 1923). De igual manera, es la manifestación de voluntad de que se haya querido el acto en cuanto tal, siempre que esté encaminada a constituir, regular o extinguir⁷ obligaciones jurídicas. Por ello, y en sentido estricto, la diferencia en el momento estructural que unifica esquemas tan heterogéneos en la función es el nexo entre la voluntad del sujeto y los efectos jurídicos (Breccia et al., 1992).

En el sistema jurídico francés de título y modo, los derechos reales se transmiten entre personas por el mero consentimiento (Planiol & Ripert, citados por Donaires, 2012), entendido como el grado de participación que la autonomía de la voluntad le puede otorgar al negocio jurídico. En tal sentido, la visión dogmática del negocio o acto jurídico se propone por Pothier como una de las especies de convención de las partes que tiene por objeto formar alguna obligación (Pothier, 1993). En Domat (2006): “(...) es el efecto normativo de la convención, por tanto, también al contrato, que empareja con las otras fuentes normativas, las heterónomas: Ley, costumbre y equidad, integrándolas para determinar las consecuencias jurídicas implicadas al celebrar la convention”.

⁷ El artículo 1321 del Código Civile italiano indica que se trata del acuerdo de dos o más partes para constituir, regular, o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial. (Silva, 2001, p. 343)

En consecuencia, la evolución semántica de la noción del contrato en el derecho francés sería recogida casi textualmente por el artículo 1101 del Código de Napoleón y por los códigos civiles inspirados en él (Barrera, 2004, p. 10), definiéndole como el instrumento ideal para circular la riqueza. Luego, en el derecho moderno alemán de los contratos, Savigny se propuso revisar la noción de Ulpiano, para establecer que no existía un solo género y sus especies, sino que, por el contrario, *pactio* y *conventio* eran sinónimos de contrato y que, por tanto, observando la realidad jurídica, varias eran las llamadas formas en que se podía asumir. De acuerdo con García, fundamentalmente son tres: (i) el contrato como un hecho, surgido a partir de una o más declaraciones de voluntad conformes en el objeto y la causa; (ii) como norma reguladora de la relación contractual y (iii) como relación contractual, cuyo vínculo no solo obliga a los contratantes, sino también que modifica o extingue relaciones jurídicas (García, 2005).

Por ello, se considera una de las más célebres definiciones de contrato, la que sería adoptada por el Código alemán de 1900 y el italiano de 1942: “(...) el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas” (Savigny, 1879, p. 354). Ahora bien, en el concepto moderno de Messineo, el contrato no es sino un pacto, es la facultad de disciplinarse en un acuerdo de voluntades para obligarse mutuamente, bajo los elementos formales y los principios comunes a todos y cada uno de los contratos (Messineo, 2018, p. 341).

En esa misma línea, la definición voluntarista del contrato es una manifestación más de la doctrina de la autonomía de la libertad (Betancourt, citado por Garcés, 2014, p. 29) que se aprecia

en mayor medida en la consagración de los subprincipios de consensualismo, fuerza obligatoria del contrato, libertad contractual y efecto relativo de los contratos (Maldonado, 1994). En concordancia con lo anterior, esa intención denominada consenso proviene del aforismo latino *consensus facit legem*, el común asentimiento hace la ley (Enciclopedia Jurídica, 2020).

Y, tal vez, con mayor intensidad se define en el principio del *pacta sunt servanda*. Verbigracia, en el Código Civil italiano se repite la fuerza de ley de la voluntad privada (art. 1372) o se le atribuye un peso determinante a la intención común interna de las partes en materia de interpretación del contrato (art. 1362) (Breccia et al., 1995, p. 625) cuando sus cláusulas sean ambiguas o poco claras. De igual manera, al referirse al sistema tradicional del título y modo en el derecho romano y su evolución, en la teoría francesa del negocio jurídico, Donaires comparte con Clío la facultad conferida que: “(...) el solo consentimiento tiene para crear obligaciones, y no requiere de una formalidad especial para su validez, porque se sostiene en los principios de equidad y buena fe” (Clío, citado por Donaires, 2012, p. 2).

Por su parte, la normativa civil colombiana, inspirada en los principios de la voluntariedad y libertad del siglo XVIII, adopta la interpretación subjetiva de los contratos en los artículos 1618 a 1624, de los cuales emergen los principios y reglas aplicables: el encuentro de la común intención de las partes –*communis intentio* o *voluntas spectanda*– y la buena fe contractual (Consejo de Estado, sentencia 21 de jun., 2018). En las definiciones que a continuación se refieren, encontramos varias acepciones que constituyen la definición legal del contrato como una de las fuentes de derechos y obligaciones. Entre otros antecedentes, Andrés Bello, influenciado por el Código Civil francés, incorporó a los proyectos de los códigos civiles chileno y colombiano el

concepto de contrato y convención sin ninguna distinción: acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, a hacer o no hacer alguna cosa.

Una parte de la doctrina considera esta definición como un craso error contenido textualmente en el artículo 1495 del Código Civil colombiano. Igualmente, en el Código de Comercio colombiano se establece la noción de contrato como el acuerdo que constituye, regula y extingue obligaciones (art. 864).

Con el propósito de delimitar una definición de la categoría jurídica denominada contrato en la normativa colombiana contenida en los artículos citados anteriormente, se debe distinguir entre las nociones de acuerdo o convención. Toda vez que la definición del Código Civil (1873) puede ser equívoca e insuficiente porque al vocablo convención se lo hace constitutivo de una obligación, mientras que, en la definición del Código de Comercio (1971), al vocablo acuerdo no solo lo hace constitutivo de la obligación, sino que la regula o extingue, lo cual crea una confusión en relación con la regulación de la oferta o propuesta de negocio contenido en esta misma normativa. Por ello, se comparte el sentir de Álvarez de advertir una noción más precisa, en la definición consagrada en el Diccionario de la Lengua Española: “(...) pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” (citado por Álvarez, 2014).

Igualmente, resulta necesario recordar los elementos esenciales del contrato contenidos en el Código Civil (art. 1261) que formula la necesidad de concurrencia de todos los elementos esenciales del contrato: consentimiento de los contratantes; objeto cierto que sea materia del

contrato y causa de la obligación que se establezca. De ahí que se invoque el ejercicio de la libertad contractual y el consentimiento contenidos en la facultad del sujeto contractual para obligarse o no, así como la posibilidad de ejercer el recurso ante el incumplimiento del contrato a través de la resolución de este o la devolución del dinero.

En concordancia, la honorable Corte Constitucional colombiana consagra la relación entre la libertad contractual y la noción dogmática de la autonomía de la voluntad como imputación jurídica de derechos (Corte Constitucional, sentencia T-240-1993).

3.3. *La oferta y propuesta como contrato*

En la teoría contractual francesa, la noción del negocio jurídico denominado oferta se propone como la formación del contrato típico, solo si hay un consenso entre las partes que la conforman (oferente y destinatario). Aquella presunción de aceptación es el consentimiento manifestado por los futuros contratantes, aunque suelen realizarse una serie de actuaciones previas que pueden tener relevancia jurídica, y es a lo que se denomina etapa precontractual, en la cual ha de primar el deber de información (Barrera, 2004, p. 46).

En ese sentido, la doctrina española señala también a la oferta como aquellas declaraciones iniciales que manifiestan la intención o voluntad del oferente, y que lo vinculan desde que es emitida. Por ello, propone un género del negocio jurídico denominado la propuesta de contrato, y dentro de él se encuentra la oferta como una especie particular, propuesta que reúne requisitos estrictos (Díez-Picazo, 2010, p. 28).

Igualmente, los principios UNIDROIT disponen que toda propuesta de celebrar un contrato es oferta si es lo “suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación” (art. 2.2). La oferta ha sido definida como: “una declaración de voluntad recepticia y unilateral” o “una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato” (Lozano, 2015). Es así que, la normativa colombiana adopta el concepto de la oferta con contenidos presupuestos de aplicación general en todo negocio jurídico y en particular de los contratos (Díez-Picazo, 2010), configurando el elemento esencial del consentimiento expreso del oferente y, por tanto, representando un contrato futuro cuando se estipula la irrevocabilidad y los perjuicios por el incumplimiento, como se encuentra regulado por el artículo 846 Código de Comercio colombiano.

La compleja realidad que se le asigna al consentimiento como *conditio sine qua non* de carácter básico para conformar la oferta es, desde ese punto de vista, el ofrecer públicamente una presentación determinada y un precio por un producto. Por lo cual, hay un proyecto de negocio jurídico si se configuran dos de los elementos naturales del artículo 1501 del Código Civil. En efecto, en la oferta se obliga al oferente (comerciante, productor, distribuidor) a entregar al destinatario (cliente, consumidor) lo prometido, de lo contrario, se trataría de una publicidad engañosa (Código de Comercio, art. 848). En la relación contractual de consumo surge la oferta como propuesta del negocio jurídico, toda vez que, una vez exteriorizada, se entiende que no puede cambiarse; debe contener las condiciones legales para que el consumidor proceda a la aceptación y, a su vez, pueda cumplirse con los elementos esenciales del contrato.

En la oferta como contrato, la noción adoptada por la doctrina en general es la de aquella intención manifiesta que es expresada por la voluntad de una persona a otra. Sin embargo, la oferta es una declaración unilateral de voluntad, que dirige una persona a otra, con la cual la primera manifiesta su intención de considerarse ligada con la aceptación de la otra parte (De la Vega, 2013).

Por ello, remitiéndose al perfeccionamiento del contrato en relación con el tratamiento de las diferencias que se presentan en las declaraciones de voluntad durante la etapa de la formación de este, el consentimiento común solo resulta de la armoniosa y recíproca integración de las voluntades con relación al objeto del contrato (Donaires, 2012, p. 2). De la Puente y Lavalle, citados por Donaires (2012), se refieren a dos manifestaciones, una interna y otra externa: la primera, entendida como el acto espiritual del acuerdo de voluntades y, la segunda, como el acto material de conjunción entre la oferta y la aceptación (Donaires, 2012, p. 8).

Propiamente, el propósito de la oferta es que mediante su aceptación se forme el consentimiento o se celebre el contrato proyectado (León, 2015). Igualmente, en la etapa precontractual es necesaria la protección de aquella parte que pudiere verse afectada por el rompimiento abrupto de las negociaciones o incluso, por la retirada o revocación sin justa razón, cuando una de las partes hubiese incurrido en gastos o erogaciones de cualquier índole durante los tratos preliminares, esta conducta se ha venido denominando culpa *incontrahendo*.

Por ello, el contrato preliminar es una fuente convencional de una obligación de contratar, que se consagra para evitar que las partes queden en libertad de sustraerse a lo pactado, debe contener los elementos esenciales del contrato futuro o definitivo, para que, en caso de

incumplimiento, pudiere dar lugar al remedio general del resarcimiento del daño, a una sentencia de condena que, sustituyendo al contrato definitivo, produzca sus efectos (Breccia et al., 1995).

3.4. *Los elementos y las características del contrato*

En la visión de un esquema conceptual clásico del contrato se puede decir que los elementos para su existencia y validez siguen siendo aquellos que tácitamente señalan algunas de las regulaciones y la doctrina. Cabe precisar aquí que, si bien ciertas legislaciones ignoran el elemento de la causa, con la reforma del artículo 1169 del Código Civil francés⁸ se dio la oportunidad de precisar si la causa es elemento de existencia del contrato autónomo o es realmente independiente del consentimiento y del objeto (Gorrín, 2018).

Es así que, gracias a la evolución jurisprudencial de la Sala de Casación francesa a inicios de los años noventa, se eliminó el elemento de la causa, desarrollando la esencia subjetiva al redefinirla como el “interés” que permite la realización de la función económica y global del contrato. A este respecto, la noción del abandono formal de la causa o su utilidad suscitó especulaciones, debates y propuestas anticausalistas por parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas. Por ello, de manera breve se remite al análisis sobre la reforma del Código Civil francés realizado por Gorrín, partiendo de la teoría clásica de la causa, la reformulación de la causa de

⁸ El Código Civil francés fue modificado a través de la Ordenanza n.º 2016-131 sobre la reforma del derecho de los contratos, el régimen general y de la prueba de las obligaciones, del 10 de febrero de 2016, vigente desde el 1º de octubre de 2016.

Capitant (citado por Gorrín, 2018)⁹, hasta la noción de subjetivación, eliminación o mejor, “renovación” del concepto, señalada por esa reforma. (Gorrín, 2018, p. 676)

En este sentido, la causa es considerada como un elemento esencial para la legislación colombiana y por ello dispone que el contrato tiene tres tipos de elementos, a saber: los *esenciales*, que son aquellos sin los cuales no existe (el consentimiento, el objeto y la causa). Los elementos *naturales*, conformes con los intereses de las partes que la ley los incorpora automáticamente (garantías, gratuidad, mutuo, etc.), y los *accidentales*, que por voluntad de las partes lo complementan (modo, condición, término) (Arnau, 2008-2009, p. 15). Soria y Osterling, por su parte, se refieren a los elementos esenciales para determinar la tipicidad contractual en relación con la validez y tipicidad del contrato, pues si falta uno o más elementos esenciales, o se incluye alguna prestación o elemento que desnaturalice el tipo normativo, el resultado de la calificación jurídica puede ser totalmente distinta. (Soria & Osterling, 2014, p. 10)

3.4.1. El consentimiento de las partes

Como presupuesto de la autonomía de la voluntad exteriorizada o manifestada del querer obligarse de las partes, el consentimiento es esa declaración realizada mediante un lenguaje verbal o escrito de una conducta concluyente, por medio de la cual se perfecciona un contrato, sin dejar

⁹ Capitant reformula la parte más importante de la teoría clásica de la causa, relacionada con los contratos bilaterales, al afirmando que es evidente que si una parte se compromete, no lo hace tan solo para que la otra igualmente se obligue. En su opinión, lo fundamental es que ambas obligaciones correlativas constituyen un primer paso para preparar el resultado definitivo, nada distinto que la realización de las prestaciones pactadas, para concluir que “... la causa que determina a obligarse a las partes, es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio”. (Capitant, s.f., pp. 42-43, citado por Gorrín, 2018)

de lado los posibles vicios del consentimiento ni las causales de nulidad contemplados en el derecho civil y mercantil, como son el error grave, el dolo y la fuerza. En párrafos anteriores ya se hizo referencia a la confusión generada por una parte de la doctrina ante la sinonimia de los conceptos de convención con acuerdo. Por ello, se retoma aquí el concepto propuesto por Domat, en el sentido de que solo es necesaria la convención como el consentimiento de dos o más personas para contraer entre ellas cualquier obligación (Domat, 2006).

A tal efecto, en la actualidad, con un comercio cada día más globalizado, parece pertinente reconsiderar el concepto del perfeccionamiento de los contratos mediante el simple consentimiento de las partes contratantes, toda vez que esa declaración trasciende fronteras. De tal forma que en los contratos de adhesión modernos atendiendo a la calidad de las partes se exige no solo el deber de información sino la claridad del consentimiento. De acuerdo con Chinchilla, en una relación comercial, especialmente en aquella identificada como de consumo, para que exista una elección razonable por parte de la parte débil o inexperta la información debe recaer respecto de todos aquellos puntos que, a juicio del informante, bajo los postulados de los principios generales del derecho y específicamente el de buena fe, le sean útiles a quien están dirigidos, con el propósito de conformar el consentimiento, clara y reflexivamente. (Chinchilla, 2011, p. 10)

En síntesis, se refiere aquí a la necesidad de un conocimiento claro de lo que comporte la operación contractual, los derechos y las obligaciones y hasta los posibles riesgos. De manera que, tal información resulte suficiente que forme un consentimiento que permita a las partes suscribir el contrato, garantizando la certeza jurídica, la eficacia y, sobre todo, evitando los posibles conflictos contractuales.

3.4.2. La capacidad para contratar

Por tradición normativa, la capacidad del sujeto para contratar es ese carácter consensual que se perfecciona con el simple acuerdo entre las partes, y que de acuerdo con la ley puede ser otorgado de manera verbal o escrita, o puede verse limitado por la ley (León, 2015, p. 191). León se refiere a aquella aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, y hacerlos valer por sí mismas. Asimismo, sostiene que en el artículo 1798 del Código Civil Federal la capacidad se presume, pues son “hábiles” para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

En ese mismo sentido, la normativa colombiana define en el artículo 1502 del Código Civil colombiano que la capacidad legal de una persona es la facultad de poderse obligar por sí misma, “sin el ministerio o autorización de otra”. Actualmente, la ley civil presume que todos los ciudadanos son capaces, según lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1996 del 2019, que complementa la presunción de capacidad legal contenida en el artículo 1503 del Código Civil.

Se hace evidente que la manifestación de la voluntad interna debe darse de manera consciente, libre y racional, de lo contrario, el contrato no se tendrá por perfeccionado y podrá impugnarse por los contratantes cuando exista error, dolo, violencia moral, etc. Por consiguiente, en función de la libertad contractual y de acuerdo con García (2012, pág. 365), las condiciones para contratar son tres:

- a) La consensualidad, dada su función económica y social, y la necesidad de un tráfico jurídico ágil, que reduzca en lo posible el número de contratos formales.
- b) El carácter unilateral, cuando el contrato es solemne o real, si adquiere una obligación de hacer, y esta consiste en entregar la cosa o en cumplir una formalidad.
- c) Modal, nuestra normativa exige que se pacte una condición o un término dentro del cual se deba ejecutar la opción. Este requisito tiene dos variables: la capacidad de las partes para consentir y la prestación de ese consentimiento, respecto del objeto y la causa del contrato.

3.4.3. El objeto del contrato y sus limitaciones

Conforme a la normativa, el objeto como elemento esencial de todo contrato debe ser una cosa o servicio, cierta, determinada y lícita. De acuerdo con León, el objeto se clasifica en (i) directo, porque consiste en la conducta de los contratantes que se manifiesta como una prestación posible de hacer, *impossibilia nulla obligatio est*, que a su vez consiste en entregar un bien o un servicio. Debe ser posible no solo física, sino también jurídicamente: no incompatible con la ley, el orden público y las buenas costumbres; (ii) y es indirecto porque es la cosa misma, los bienes o servicios (León, 2015, p. 185).

De igual manera, en el ordenamiento civil colombiano se dispone en el artículo 1261, ordinal 2.º, que el objeto sea determinado. Así, pueden ser objeto del contrato según el artículo 1271: “(...) las cosas, aun las futuras que no estén fuera del comercio de los hombres y todos los

servicios que no sean contrarios a las leyes y la moral”. En este sentido, se refiere a aquella situación en la que se encuentran determinadas cosas que están sustraídas al tráfico jurídico, como los bienes de dominio público, o para los servicios es necesario que “no sean contrarios a las leyes ni a las buenas costumbres”.

Asimismo, se requiere que la cosa o servicio del negocio sea futura, o que pueda existir en el sentido técnico jurídico, sea posible, independientemente de que pueda o no darse desde el punto de vista físico “... e incluso de su existencia jurídica respecto de determinadas relaciones” (Calonge, 1973, p. 1140). Del mismo modo, el artículo 1272 del Código Civil colombiano dispone que “No pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”. Es así como, la futuridad de la cosa se entiende como la inexistencia en el momento de celebración del contrato, pero que puede existir en el desarrollo del mismo (Calonge, 1973). Verbigracia, la compraventa de cosa futura: los locales y pisos por construir, los productos agrícolas futuros, etc.

3.5. Condiciones para la existencia y la validez de los contratos

En el derecho moderno se debate si la consecuencia jurídica en el plano contractual es la ineficacia o la nulidad del contrato, de presentarse la ausencia de algún elemento esencial o ante el incumplimiento de los deberes formales. Rubio anota que la eficacia es la capacidad de un contrato para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan (Rubio, 1992, p. 13).

La eficacia de un negocio jurídico es propiamente la capacidad para producir efectos (Bigliuzzi, 1992, p. 996), de manera que, cuando se emite una declaración de voluntad según las prescripciones legales, tal declaración pone en funcionamiento las normas jurídicas y se crean, modifican y extinguen relaciones en derecho (Barrera, 2004, p. 40). En atención a los efectos, Alarcón se refiere a la ineficacia del negocio jurídico desde el Código Civil colombiano, considerada como una “enfermedad” del acto o contrato, porque afecta la titularidad de la acción de nulidad y la sanción¹⁰.

Igualmente, sostiene que no puede reducirse solo a las nulidades relativas y absolutas, y que, por el contrario, ante la necesidad de ajustarse al tráfico jurídico del comercio, no se puede concebir que la riqueza permanezca ociosa ni mucho menos en situación incierta, a la espera de que la justicia decida sobre la razón o sinrazón de una causa (Alarcón, 2011). Pertiñez, por su parte, aborda la consecuencia de la ineficacia desde la protección del comitente como consumidor en los contratos de obra y de servicios, afirmando que, ante la ausencia de la plasmación documental del precio, no se puede considerar la inexistencia del contrato porque se producirá un enriquecimiento injusto del contratante, toda vez que la prestación ya se efectuó si es natural o funcionalmente no restituible al contratista (Pertiñez, 2012). Sin duda, resulta significativa la solución jurisprudencial que propone el Tribunal Supremo español:

¹⁰ Es bien sabido que para el Código Civil la nulidad absoluta constituía la regla general como reacción frente a la “enfermedad” con la que había nacido el acto o contrato; vale decir que, salvo los casos de vicios de consentimiento e incapacidad relativa, que daban lugar a la nulidad relativa, toda otra irregularidad congénita. La omisión de las formalidades prescritas por las leyes para la validez de ciertos actos o contratos según su naturaleza, como lo dice el artículo 1741 del Código Civil, se castiga con la sanción mayor: la nulidad absoluta. (Alarcón, 2011).

(...) que ante la ausencia de pacto sobre el precio en el contrato de obra no determina su inexistencia cuando aquél pueda determinarse con arreglo a tarifas de honorarios oficiales o a los simples usos [vid. Entre otras, STS de 5 de febrero de 1983 (RJA 1983/860), STS de 24 de junio de 2005 (RJA 2005/9685)] y propone un contrato válido cuando pueda inferirse el precio a posteriori por tasación pericial conforme al coste de los materiales y la de la mano de obra. (Pertíñez, 2012, pp. 686-687)

De ahí que, Faus y Ariño (2018) propongan que la eficacia no es siempre la misma, pues según los autores, se debe diferenciar entre la directa y la indirecta. Se propone analizar los efectos *inter partes* según sea entre ellas o frente a terceros. La jurisprudencia del Tribunal Supremo del 11 de abril de 2011 sostiene:

(...) por ello si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos la autonomía existe.

Ahora, en cuanto a la eficacia directa de los contratos frente a terceros, Faus y Ariño (2018) recogen el principio de relatividad de los contratos del Código Civil español, pero aclaran que no es absoluto cuando se trata frente a herederos (art. 1257 CC). A *contrario sensu*, la eficacia indirecta de los contratos según Faus y Ariño (2018) es aquella que proviene de los efectos creados convencionalmente por situaciones jurídicas sobre terceros. Citando a la Sala primera del Tribunal Supremo en STS 817/1997, 29 de septiembre de 1997:

(...) cuando, como en este caso, se transmiten ciertos derechos que, como consecuencia de un negocio anterior celebrado por el mismo transmitente con otros sujetos de derecho, se encuentran

ya limitados, la segunda transmisión opera con las limitaciones derivadas del primer contrato por aplicación del principio '*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*', de tal manera que el contratante posterior sólo podrá adquirir lo que se le pudo transmitir, proyectándose de este modo los efectos del contrato celebrado con anterioridad.

La cuestión, según Tomaya (2012, p. 454), al referirse al negocio jurídico laboral, es considerar si la ineficacia es extrínseca o intrínseca, cuando proviene de las circunstancias de hecho fuera del acto jurídico y que no revisten consecuencias normalmente previstas. Igualmente, el doctrinante sostiene que, en atención a los efectos, la ineficacia puede dividirse en estructural y funcional. La primera, cuando se produce por un hecho intrínseco al nacimiento del negocio jurídico (defectos en la manifestación de la voluntad o en el contenido), y la segunda, si es sobreviniente a la formación del negocio (la rescisión o resolución contractual) (Tomaya, 2012).

Por ello, es pertinente tender un punto de encuentro entre la validez y la ineficacia que acusa todo acto o negocio jurídico. A continuación, un breve análisis de las instituciones jurídicas de la nulidad e invalidez del contrato, que siguen siendo desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia.

3.6. *La nulidad del contrato*

A ese respecto, Zapata observa que, ante la tendencia creciente de la celebración de múltiples contratos celebrados en la contratación conexa, la nulidad que afecta a un contrato ligado a una red contractual solo puede extender su efecto si afecta la causa de la vinculación, lo que se denomina causa supracontractual. Esta mutua dependencia conduce a preguntar si es factible

transferir la ineficacia en uno de los contratos vinculados a los demás, como ocurre con el caso de la nulidad (Zapata, 2019).

Desde la óptica de la nulidad que comporta la supresión de cualquier efecto al contrato, Ramírez (2008) considera que la trascendencia de los intereses y los valores que inspiran las reglas imperativas del sistema legal y que gravitan sobre la autonomía privada, proponen esa noción de anulabilidad (nulidad absoluta) del acto o negocio jurídico, para aquellas situaciones abyectas y criticables de los sujetos negociales que, gravados con una carga sustancial, no se avienen a ella al perfeccionamiento del contrato, vulnerando el orden público¹¹ y las buenas costumbres:

(...) en tales situaciones estos sujetos, con ocasión de la génesis del acto defectuoso y que cae bajo el dominio de este nivel de invalidez, han comprometido o agraviado intereses superiores de aquellos que nos atañen a todos los que nos hemos organizado en comunidad. (Ramírez, 2008, p. 45)

Sin embargo, en lo propuesto por Ramírez, estos límites no pueden actuar en desmedro de la libertad, sino que por el contrario debe existir una adecuada articulación entre ellos y la autonomía privada, con un manejo prudente, equilibrado y sutil de parte del legislador. Por ello, se anima a enunciar las siguientes reglas, a propósito de la institución de la invalidez:

¹¹ “Este orden público se integra con las llamadas ‘reglas de orden público’, todas las cuales imponen a los sujetos de derecho orientaciones de conducta mandatoria observancia por los ciudadanos en general y por los sujetos negociales en particular, de carácter tuitivo y protector, en vista de que tiene como finalidad defender tales principios y valores, cuya intangibilidad se considera presupuesto del pacífico desenvolvimiento de las relaciones en comunidad, cuya afrenta o vulneración por estos sujetos pone en peligro o genera lesión al propio orden jurídico y de golpe a los intereses y valores colectivos por los que este último vela”. (Ramírez, 2008, p. 47).

(...) el establecimiento de situaciones (causales) de invalidez no puede ser sino de cuño del legislador; en la interpretación y aplicación de las causales de invalidez no podrá acudir a la analogía como herramienta de integración del sistema jurídico ni de ellas podrá hacerse interpretaciones extensivas; no cualquier vicio o defecto puede admitirse como causal de invalidez. (Ramírez, 2008, p. 50)

Por ello, para el autor, solamente tienen mérito para ello los que tienen tal relevancia que justifican esta actitud tan contundente. Los eventos que revisten tamaña entidad no son diferentes a los que corresponden a faltas graves en que incurrir los sujetos del acto, en su recorrido formativo.

En consecuencia, la invalidez del acto o negocio jurídico se determina por haberse perfeccionado con defectos graves en los presupuestos y en contra de las normas imperativas del orden legal, de orden público y buenas costumbres, y porque carece de idoneidad para generar efectos negociales. Alarcón (2011) anota que la nulidad es la sanción para un acto que carece de requisitos para la validez, y deviene absoluta al contrato, cuando su objeto es ilícito, al contravenir el orden público y las buenas costumbres. Al respecto, en aplicación del viejo aforismo *quid nullum est nullum producit*, Stolfi (1959, p. 80) sostiene que los negocios jurídicos nulos no tienen fuerza vinculante entre quienes los celebraron, pues les falta un requisito esencial o van en contravía del orden público, de una norma legal imperativa o contrarían las buenas costumbres.

En la legislación colombiana, la consecuencia de la nulidad pronunciada en sentencia será la inexistencia total del negocio, sin ninguna otra consideración (art. 1746 del Código Civil). Por

su parte, la declaración de la nulidad relativa (art. 1741 del Código Civil) deviene de manera excepcional, haciendo que el contrato pueda ser saneado o solventado por las partes.

Bigliuzzi, citado por Tomaya (2012), propone la posibilidad de que un negocio jurídico nulo pueda ser convertido en uno válido si reúne ciertos requisitos y se aprecia que el fin querido por las partes conduce a este otro negocio jurídico válido. En consecuencia, con la declaratoria de la nulidad relativa o parcial lo que se pretende es conservar la validez y eficacia del negocio jurídico en su totalidad (Cruz, citado por Tomaya, 2012).

A ese respecto, es menester mencionar la modificación del Libro III del Código Civil, introducida por el ejecutivo francés mediante la Ordenanza n.º 2016-131, con respecto al derecho de los contratos y del régimen y de la prueba de las obligaciones, en el cual se incorporan importantes innovaciones legislativas y consagraciones jurisprudenciales (Rivera, 2016). El Capítulo II sobre formación del contrato, se refiere a la validez y la nulidad. De manera especial, Momberg destaca en su análisis sobre esta reforma lo señalado en la sección 2, del artículo 1128, acerca de los elementos necesarios para la validez del contrato: 1.º El consentimiento de las partes; 2.º La capacidad de contratar; 3.º Un contenido lícito y cierto”, desapareciendo los conceptos de causa y objeto.

En la subsección sobre el consentimiento se dedica un artículo al deber de información autónomo: “(...) se establece que aquel contratante que conozca o deba conocer una información cuya importancia es determinante para el consentimiento de la otra, debe informarla si aquella

ignora legítimamente la información o actúa confiando en el cocontratante”. (Momberg, 2015, p. 121)

La infracción al deber de información da lugar a responsabilidad extracontractual, pero si al mismo tiempo constituye un vicio del consentimiento (por ejemplo, la omisión conduce a error o constituye dolo), trae como consecuencia la nulidad del contrato (art. 1129). Asimismo, Rivera (2016) destaca en su análisis sobre esta reforma, que el artículo 1143 ha recogido de manera novedosa el concepto de violencia económica como un caso de fuerza, al abuso del estado de necesidad o de dependencia conocida en el derecho francés (*violence économique*), que se sancionará con nulidad en los casos en los cuales sea evidente la situación de desequilibrio y que la vinculación contractual no se hubiese concretado de otra manera.

A este respecto, Momberg recalca que esta figura ya había sido reconocida por la Cour de Cassation y que este artículo recoge ese señalamiento jurisprudencial, cuya sanción es la nulidad del contrato, pero no admite que el juez restablezca el equilibrio económico del contrato. (Momberg, 2015)

De igual manera, cuando el operador jurídico se encuentre ante situaciones dudosas, cláusulas abusivas o ambiguas, deberá elegir aquella que sea menos gravosa para los derechos de la parte que ha revelado la existencia, bajo la fórmula *pro non scripta* del derecho romano. Esto significa que esta cláusula o condición se tendrá por no escrita, lo cual beneficia el tráfico jurídico y procura no arrasar con la totalidad del negocio jurídico, para permitir a las partes sanearla por el principio de la conservación de los negocios (Alarcón, 2011). Asimismo, en aplicación del

principio romano *contra stipulatorem* se buscará la protección de las relaciones jurídicas privadas, pues ante un caso de nulidad de una cláusula, el ordenamiento prevé la sustitución automática de esta, ya sea por una disposición legal o convencional, desarrollada por las partes contratantes.

3.7. *La función del contrato*

Desde un enfoque jurídico-económico, el contrato es considerado como la norma privada que persigue un objetivo común e identifica la finalidad económica y social del querer de las partes que lo suscriben. Sin embargo, según Castán, puede desempeñar funciones muy complejas (Castán, 1992):

- a) Crear, modificar y/o extinguir relaciones obligatorias o crediticias.
- b) Crear, a la vez que la relación obligatoria, un derecho real a partir de la tradición.
- c) Producir una transmisión patrimonial mediante una obligación de realización inmediata.
- d) Vincular a las partes para la celebración de un contrato futuro. A su vez, partir de la premisa de que todo contrato típico tiene como finalidad cumplir con una función económica determinada, es decir, una causa típica (Soria & Osterling, 2014).

Así mismo, en todo Estado social de derecho se consolida con el reconocimiento de la libertad individual y económica del individuo, para fomentar el desarrollo de las relaciones económicas y legales entre los particulares y los Estados. Sin embargo, esas nuevas perspectivas del contrato en el derecho privado conculcan la idea de una justicia que tienda al equilibrio del poder contractual, cuando corresponde ese campo a la llamada constitucionalización del derecho bajo una perspectiva de un humanismo integral y progresista, que ha permitido asociar principios constitucionales como la función social del contrato, la buena fe objetiva y el equilibrio económico, para justificar la intervención estatal cuando se trate de proteger determinados intereses de terceros afectados por los efectos producidos por los contratos, teniendo como objetivo maximizar el bienestar general.

Sobre este particular, Almanza y Pereira desde la óptica del derecho brasileño analizan la función social del contrato y la adhesión del país Carioca a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías:

(...) por lo tanto, el principio constitucional que pregona la necesidad de contratar teniendo como límite la función social del contrato debe ser entendido desde el punto de vista de sus externalidades, es decir, considerando los efectos que deriven para terceros: si estos perjudican al sistema económico y a la sociedad como un todo, correspondería su relativización, si -por el contrario- esto no sucede, no habría razón para limitar la libertad contractual, de esta manera la intervención estatal traería consecuencias relevantes con relación a los contratos empresariales, esta conducta, no debe contrariar el sistema económico adoptado por el país. (Almanza & Pereira, 2014)

En este mismo sentido, la tarea desarrollada por la Corte Constitucional y la adhesión de las demás altas cortes colombianas, se han acercado a esta nueva configuración jurídica y le han

dado valor a los principios y argumentos constitucionales en sus decisiones (Suárez, 2014). Resulta significativo el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana que reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación y la aplicación de límites constitucionales en actividades declaradas de interés público por la Constitución a todas las actividades de interés común, entre otras, la actividad aseguradora. Según el alto tribunal, las actividades de interés público no pueden referirse de forma exclusiva a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger a la parte más débil o en estado de indefensión. (Corte Constitucional, sentencia T-517 de 2006)

Por ello, es pertinente tener presente el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia colombiana:

(...) el contrato social colombiano, en el que se consagra un Estado Social de Derecho, gobernado por valores, principios superiores, derechos fundamentales y deberes, destina con la mayor fuerza vinculante al proceso penal los preceptos referidos a la legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1 de agosto de 2007)

En efecto, la materialización del derecho por el legislador ha permitido redefinir la función social y económica del contrato, especialmente cuando hay necesidad de proteger una parte “débil”, donde ha sido necesario buscar una igualdad de hecho en aras de la igualdad (Suárez, 2014), según la realidad social y sus valores.

3.8. *Interpretación de los contratos*

Mientras la interpretación de los contratos puede significar la indagación de la concreta voluntad de las partes, podría ser la intención de lo que propusieron y no convinieron al momento de suscribirlo. En ese sentido, Cárdenas sostiene que en algunas labores de interpretación resulta importante tener en cuenta los hechos y circunstancias que confluieron al momento de suscribirlo. (Cárdenas, 2021, p. 64)

Igualmente, precisa el autor que el intérprete tendrá en su ejercicio profesional la finalidad de hallar el alcance de las normas acordadas entre las partes, sin desconocer la eficacia que deben tener ni introducir modificaciones a los acuerdos. Y es que según su criterio, el Código Civil colombiano no incluye entre los criterios de interpretación del contrato, las circunstancias que dan lugar a su celebración. Por ello, resulta evidente que ellas deben tomarse en cuenta en la medida en que pueden revelar la intención común de las partes.¹²

Sobre este punto, la Suprema Corte mexicana argumenta: “(...) no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente el principio general de la libertad contractual. De existir alguna distinción deben acordarla las partes o establecerla el legislador, según lo ha hecho en otras materias” (León, 2015, p. 748). De acuerdo con Soria y Osterling (2014, p. 48), no siempre la respuesta podrá encontrarse en el propio contrato, es importante saber cómo se debe interpretar el

¹² Así lo establece el artículo 8.º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la Ley 518 de 1998, y lo ha reconocido la jurisprudencia. Dice esta disposición: “A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”.

contrato, conocer la voluntad de las partes y fijar el sentido de la declaración. Lo cierto es que cada contrato tiene una razón de ser, una finalidad objetiva o función económica que cumplir a la que se denominará la causa propia del contrato.

A pesar de las minuciosas y bien asesoradas que puedan estar las partes al momento de negociar y elaborarlo, siempre existirá un margen de posibilidades no cubiertas por el contrato (Soria & Osterling, 2014, p. 48). Adicionalmente, cabe recordar que cuando se trate de interpretar un contrato atípico ha de acudir a la buena fe, en caso de defecto o vacío en el pacto de las partes. Para ello, Soria y Osterling (2014, p. 48) citan lo expresado por varios autores, entre ellos a Fernández, quien propone la interpretación desde el significado social del contrato: “(...) según la buena fe que responde, entonces, al significado corriente en la práctica que imponen los usos y costumbres”.

En similar sentido se expresa Bullard al referirse a la interpretación económica de los contratos, al señalar que los propios contratantes permiten vacíos e imprecisiones para que sean los intérpretes quienes los cubran con la utilización de las reglas usuales, derivadas de la práctica económica (2007, p. 21). E, igualmente, Morales señala la causa concreta como criterio al que se debe recurrir al momento de interpretar los contratos mixtos o coligados, al cual cataloga como elemento determinante. Y agrega: “Habrá supuestos de contratos diferentes con sus respectivas causas concretas vinculados entre sí o contratos únicos conexos pero pertenecientes a distintos tipos”. (Morales, 2007, p. 14)

De la misma manera, cuando el operador jurídico pretenda dirimir un conflicto entre las partes, porque una de las partes se encuentra ante situaciones de desigualdad negocial y pretende que se le reestablezca el acuerdo paritario que dio origen a la relación contractual, el principio de interpretación *contra proferentem* puede ser el medio idóneo de tutela de la parte más débil del contrato, porque ocupa una posición inferior; puede ser el consumidor, usuario o cliente. De acuerdo con Polo (2015, p. 1) , si se tenían dudas sobre la correcta formación negocial se acudía al principio *contra stipulationem* o *contra proferentem* (Polo, 2015), tradición que viene del derecho romano y que tuvo su culmen en el siglo XX con el advenimiento de los contratos de adhesión, en los que la determinación unilateral de las obligaciones por una sola de las partes hizo que se rescatara esa regla para contrarrestar los abusos ocasionados con ese tipo de contratación, denominada “en masa” (Polo, 2015, p. 7).

Al respecto, Polo reitera, tal convencionalidad mercantil riñe con la tradicional contratación por negociación, y se caracteriza porque se dirige a un número indeterminado y amplio de posibles contratantes. Esto niega la posibilidad de realizar negociaciones individuales a las cláusulas, que serán preestablecidas por el empresario como condiciones generales para su aplicación genérica a quienes suscriban ese contrato (Polo, 2015, p. 9).

Desde luego, lo que se busca es la transparencia en las operaciones comerciales para salvaguardar el tráfico jurídico. En la actualidad, con la evolución de la interpretación de los contratos y la armonización de la normativa: la nueva *Lex Mercatoria* (León, 2017, p. 283) y los Principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales, los Principios Europeos de los Contratos, los Principios de La Haya de Contratos Internacionales, las Reglas Uniformes de

Crédito Documentario y las normas Incoterms (León, 2018, p. 285), utilizadas por los jueces y árbitros para dirimir y facilitar la implementación de conductas y reglas uniformes encuadradas en los principios de buena fe, de autorresponsabilidad y de confianza, se determinan cuáles normas le serán aplicables y cuáles no, en la legislación internacional, facilitando así el comercio internacional de mercaderías. Actualmente, se busca garantizar la transparencia y las buenas prácticas comerciales en los ordenamientos jurídicos para salvaguardar el tráfico económico que se ha visto amenazado por el cambio de estructura contractual y del libre mercado, impuesto por la globalización, que desde mediados del siglo XX permite la circulación rápida de bienes y servicios mediante la contratación por adhesión.

Esto hizo necesario dimensionar la intervención del Estado para impedir el abuso del poder económico del más fuerte en las relaciones de consumo masivo. Así, por medio de la constitucionalización del derecho privado y la armonización con las normas internacionales se espera obtener un enfoque diferenciado para aquel sujeto con una menor capacidad de negociación, denominado el adherente o débil jurídico, equilibrando de esa manera la asimetría de las relaciones contractuales predispuestas.

Betti, citado por Echeverri (2010), se refiere aquí a la consecuencia de la mutación de la noción codificada del principio de la autonomía privada del concepto general que predominaba en la contratación de libre discusión a la contratación por adhesión, que impone la redacción y predisposición de cláusulas generales a cargo del contratante predisponente. No obstante, Polo (2015) hace referencia a la recepción en el derecho español del principio *contra stipulationem*, que puede tornarse insuficiente.

Por lo cual, el artículo 5 de la LCGC establece: “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Por su parte, el artículo 7 agrega que en el contrato no quedarán incorporadas las condiciones generales “que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” (Polo, 2015, p. 205).

3.9. La clasificación del contrato

Al referirse de manera general a la clasificación del contrato se encuentra la más común por estar tipificada en los códigos civiles y mercantiles, que bien acoge el ordenamiento jurídico colombiano en los artículos 1496 a 1500 del Código Civil: unilaterales, bilaterales; onerosos, gratuitos; conmutativos, aleatorios; reales, consensuales; formales, consensuales; principales y de garantía o accesorios. En relación con las finalidades prácticas del tráfico jurídico actual se imponen los llamados contratos innominados, que no se pueden clasificar en ninguna de las categorías o tipos organizados por la normativa privada, dentro de los que se encuentra el contrato de adhesión, categoría jurídica a la que se refiere detalladamente en el siguiente capítulo. En cuanto a una clasificación doctrinal moderna podemos destacar otra que aborda la función económico-social del contrato, porque en aquellos se cumplen en la realidad social, poniendo el acento en la utilidad social que prestan: de cambio, colaboración, crédito, garantía custodia y esparcimiento (Stiglitz, 2012, p. 308).

Otro criterio doctrinal solamente tiene en cuenta la función económica del contrato (López de Zavalía, 2003, p. 133): por agrupamiento, pueden ser de cambio o asociativos. Por fragmentación, de consumo o de consumición. Desde luego, a aquellos contratos que no se encuentran descritos en un tipo legal y por consiguiente no están regulados por el ordenamiento, se los denomina atípicos (Corte Suprema de Justicia, sentencia octubre 22 de 2001).

Es factible distinguir, según Lorenzetti (citado por Arias, 2017), tres grandes sectores: contratos discrecionales o paritarios, regulados por la autonomía privada, orden público, buena fe, abuso del derecho, etc. Contratos celebrados por adhesión: cuya redacción y predisposición de cláusulas generales está a cargo de una de las partes bajo reglas especiales de interpretación para evitar situaciones de asimetría contractual y desequilibrio contractual. Asimismo, para los contratos de consumo que enfrentan una relación de desigualdad del cocontratante es necesaria una regulación especial y orden público.

Es preciso concluir, como se ha referido en párrafos anteriores, que la tradición consensual del contrato se ha venido replanteando ante fenómenos como la globalización, la tecnología y la contratación en masa. Incluso podría decirse que principios de la contratación tan clásicos como la autonomía de la voluntad de las partes estarían en franca declinación o quiebre, principalmente en lo relacionado con la libertad de contratación y el consentimiento (Garcés, 2014, p. 32), entendido como la forma mínima de una prestación de asentimiento por parte del sujeto contratante.

A este respecto, se cuestionan en el presente estudio los posibles efectos legales y económicos en la institución contractual colombiana que con motivo de las elecciones 2022 se vienen proponiendo. Se trata, pues, de incluir una estrategia jurídica en los grandes contratos, mediante una estipulación o cláusula por medio de la cual las partes en ejercicio del principio de la autonomía negocial pactan la ejecución, condiciones suspensivas o causales de rescisión contractuales, dependiendo de quién llegare a ser el próximo presidente. Finalmente, en esta sociedad posmoderna lo que se impone es la aplicación práctica de categorías jurídicas como el contrato dirigido, el contrato de adhesión, los contratos digitales, sabios e inteligentes, entre otros, que ya se vienen señalando.

A continuación, detallaremos de manera breve su origen, características, modalidades principales y el desafío que actualmente representan para el derecho privado.

3.9.1. Los contratos modernos, sabios e inteligentes

Las economías modernas de enorme agilidad social y económica han venido develando la necesidad de revisar y modernizar la regulación legal para adaptarla a la contratación contemporánea. Por ello, se comparte la afirmación de Soria y Osterling (2014, p. 10), respecto a la tipicidad de los contratos modernos, porque resulta totalmente innecesaria y anacrónica para la clasificación de los contratos y la categoría de los nominados e innominados. Por el contrario, cada día se hace más evidente que los particulares, en el ejercicio de la libertad para contratar, pueden pactar el contenido del contrato y adecuarlo a los intereses que buscan satisfacer (De la Puente y Lavalle, 1996).

Es así que, el uso de la tecnología combinado con el poder de las partes para diseñar libremente sus operaciones comerciales y estructurar sus acuerdos, hace que algunos de los nuevos contratos sean difíciles de entender y de manejar, y que hasta les sea inherente ser incompletos. Sin embargo, Munar y Díaz (2021) sostienen que esos problemas se pueden reducir mediante el uso de la tecnología del cifrado y la codificación, y especialmente de la denominada *blockchain*¹³.

Al respecto, Munar y Díaz (2021) proponen que esta tecnología es analógicamente un tren lleno de datos públicos y privados, por lo que el procesamiento, uso y almacenamiento de la información merecen interés jurídico en este contexto. Por su parte, para Hazar y Happio (2017), la combinación de los aspectos tecnológicos como la codificación y los métodos abiertos de colaboración, en los cuales se combinan los beneficios con la ley codificada, se utilizan para expandir el conocimiento de los expertos legales y otros profesionales, es decir, que funcionan para las personas y para las máquinas, como los denominados contratos inteligentes, digitales o ricardianos.

A continuación, se presentarán algunas modalidades del contrato digital, que utilizando herramientas tecnológicas y códigos sofisticados (criptografía) para la formación del contrato e identificación de los usuarios, son como una enorme base de datos descentralizada, y si bien

¹³ “Es una tecnología que sirve para agrupar y transferir datos de manera estructurada y segura. Blockchain se puede considerar como una base de datos distribuida o descentralizada, donde cada uno de los datos se identifica por medio de un código, esta base de datos se encuentra almacenada en dispositivos de propiedad de diferentes usuarios; cada dispositivo pertenece a una agrupación de redes llamada nodo, los nodos a su vez cuentan con un código sofisticado de identificación”. (Munar & Díaz, 2021, p. 131).

minimizan los costos y garantizan la seguridad de los negocios jurídicos digitales, se hace necesario ponderar los efectos sobre derechos como la intimidad, la privacidad y los recursos naturales, porque estas operaciones demandan gran cantidad de energía eléctrica.

3.9.2. El contrato digital y la tecnología blockchain

Es de resaltar aquí que la tradición consensual del contrato ha venido mutando en el tráfico jurídico debido a la globalización y a la incidencia de la tecnología en aspectos tan relevantes como la privacidad y otros derechos fundamentales. Pasando de aquella manifestación expresa del consentimiento como potestad de la voluntad de los contratantes, a otros procedimientos tecnológicos como el cifrado o codificación (criptografía) para la formación del contrato, en búsqueda de una óptima, rápida y exitosa relación comercial.

Ahora bien, el perfeccionamiento del negocio jurídico se determina por medio de herramientas digitales y de plataformas electrónicas que un tercero –sin ser intermediario– proporciona a las partes que lo suscriben. En algunos casos ayuda a minimizar los costos de contratación, por ejemplo, con la moneda digital no se requiere la declaración de identidad de ninguna de los intervinientes, las transacciones son globales y se evitan los altos cobros de las entidades financieras.

Por otra parte, y de acuerdo con Hazzard y Happio (2017), los denominados acuerdos digitales reducen el tráfico contractual a una total automatización, y se pueden hacer cumpliendo con la ley. Sin embargo, cualquier aspecto puede volverse crítico a la hora de una transacción, por

ello es necesario tener en cuenta los recursos computacionales y las características que debe tener el acuerdo digital.

En similar sentido, para los acuerdos digitales que requieren el uso de la tecnología *blockchain*, existen otros aspectos de suma importancia, tal y como lo sugieren Munar y Díaz (2021), en esencia: el cuidado de los recursos naturales y económicos porque demandan gastos y uno de los más grandes es el consumo de energía eléctrica. Dicha situación se evidencia en el ámbito de los acuerdos digitales diseñados por medio de algoritmos matemáticos, denominados “criptomonedas”¹⁴, entre las cuales podemos encontrar: bitcoin, Ethereum, polkadot, solana, cardano, etc.

Este proceso, conocido como la irrigación de las validaciones de estas nuevas divisas, utiliza una gran cantidad de servidores para su producción y funcionamiento, comprometiendo enorme consumo de energía. Por lo que Munar y Díaz (2021) sugieren que la implementación de esta tecnología vaya de la mano de otras ya existentes, es decir, para el caso de manejo de seguridad de documentos, es mejor almacenar el *hash*¹⁵ de la validación de un contrato grande y no almacenar

¹⁴ Se trata de monedas virtuales programadas para ser de medio de transacción segura, gracias a la criptografía. Son consideradas una clase de divisa, cuyas propiedades resultan similares a la moneda tradicional, aunque son digitales y no dependen de un banco para funcionar, pues hacen parte de un sistema descentralizado, cuya secuencia de partes permiten su funcionamiento. (Enciclopedia Económica, 2020).

¹⁵ Es un código público que identifica la transacción y no se podrá tener información privada del documento, es decir, que no podrán acceder a los de las partes involucradas, origen y destino de la información, entre otros. La información que logra ser pública como el caso del *hash*, al ser pública goza de transparencia, por ello su potencial disruptivo es el mayor en los últimos años. En *blockchain* cada nodo es un libro de cuentas digital, cada transacción cuenta con una identificación llamada *hash*, la cual es inalterable. Esto lo garantiza la tecnología, el libro de cuentas digital se registra en miles de computadoras, se construye sobre la tecnología ‘peer to peer’ (persona a persona). En este sistema la autogestión es uno de los principios básicos, se construye sobre nuevas formas de hacer negocios

todo el documento y de esta forma usar responsablemente la energía eléctrica (Enciclopedia Económica, 2020).

3.9.3. Características del contrato digital

De acuerdo con Hazard y Happio (2017), se trata de evaluar cuáles son las implicaciones para la seguridad jurídica cuando es atada a la tecnología por medio de un acuerdo digital. Esta especificación abstracta de claves o valores en tal prototipo permite el desarrollo de objetos, clases de prosa y códigos para obtener relaciones y análisis altamente estructurados. Al ser abiertos los prototipos que se traspasan, este modelo permite a cualquier persona (codificadores, no codificadores, abogados, no abogados, incluso a las mismas partes) hacer modificaciones para adicionar o adaptar una forma existente.

En ese sentido, estos autores analizan el documento digital denominado contrato ricardiano¹⁶, que contiene tres características: parámetros, código y prosa. En primer lugar, los parámetros son aquellos aspectos específicos de un contrato en particular, por ejemplo, los puntos claves del negocio, como los precios, las fechas y las cantidades. En segundo lugar, la parte del

“inteligentes” (*smart business*) apalancados por “contratos inteligentes” conocidos como *smart contracts*. El principio de buena fe es una de las herramientas más importantes en los *smart contracts*, pues la buena fe entre las partes es la primera generadora de confianza para llevar negocios a una celebración y ejecución exitosa. (Dolader, Roig & Muñoz, 2017, citados por Munar & Díaz, 2021, p. 131).

¹⁶ Son documentos virtuales que materializan un acuerdo entre dos partes sobre los términos y condiciones para su interacción acordada. Su unicidad se da porque se encuentran firmados y verificados criptográficamente. Están disponibles en un texto legible, fácil de entender incluso para quienes no son abogados. Su legalidad se basa en que que se puede leer al mismo tiempo para los programas informáticos y para los humanos. (GRIGG, 2004)

código que está sujeta a un fuerte cambio de variables, incluyendo las denominadas plataformas digitales como Hyperledger, Corda, Ethereum o Interledger (Hazard & Happio, 2017). Por último, la prosa ha sido manejada de manera eficiente hasta ahora y se ha desarrollado cierto número de enfoques, muchos de los cuales han sido clasificados como ensamblaje de documentos (Schweighofer, 2017).

Por ello, los contratos que funcionan para la gente y para las máquinas son aquellos formatos de contratos inteligentes¹⁷ diseñados por Clack, Bakshi & Braine, y el estudio Smart Contract Templates (en adelante, SC), que hacen un excelente repaso de lo relacionado con la codificación y la prosa. Hazard y Happio (2017) sugieren algunas soluciones, mediante el manejo de la prosa de los contratos con el uso de la misma infraestructura y métodos que se emplean para el código de software, y las plantillas con las cuales es posible codificarla rápida y universalmente. En el manejo de la prosa se prefiere que vayan separados los archivos y los términos de las transacciones, pero también se sugiere que puedan ser guardados como parte del código y de la prosa, y que los diferentes usos harán que se presenten mezclas.

Por ejemplo, las formas de prosa pueden incluir parámetros predeterminados o dejar los espacios de los parámetros sin llenar. En cualquier caso, quien hace un contrato, puede eludirlo. De la misma manera, la prosa puede incluir código y viceversa. En la negociación una parte puede

¹⁷ Es un código de programa, basado en la tecnología *blockchain*, que por sus características legales “es un mensaje legalmente significativo escrito en un idioma (lenguaje artificial) y respaldado por la firma digital electrónica de cada una de las partes. Se ha demostrado como las interacciones multilaterales realizadas a través de contratos inteligentes permiten reducir los costos de la realización y control de las operaciones, aumentar la velocidad de las operaciones y reducir los riesgos asociados con las acciones desleales de las partes”. (Kirillova et al., 2019).

proponer cambios en la prosa y hacer una lista de los cambios propuestos. El archivo que sale de allí puede ser “el” contrato. En la práctica, las claves o valores que representan los parámetros, la prosa o el código se pueden expresar o colocar donde sea más conveniente.

Colofón

Los contratos digitales, sabios e inteligentes evidencian a pasos agigantados los cambios disruptivos de la tecnología en la contratación, lo cual relativiza los conceptos jurídicos tradicionales y las relaciones comerciales en la actualidad.

Se comparte plenamente con Munar y Díaz (2021) lo referido a reconocer a la “cibernética jurídica” como un nuevo método de investigación que compromete a los operadores y profesionales del derecho a estudiar la relación entre las acciones que se derivan del uso de la tecnología *blockchain* y sus efectos objetivizantes en el ejercicio de derechos fundamentales como la privacidad, el buen uso de la fe pública y la información privada. Asimismo, se comprueba la necesidad urgente de que estas nuevas prácticas sociales se regulen y no se siga en el limbo ajurídico en el que se encuentran el uso de aplicaciones móviles para servicios de transporte y el uso del *blockchain*.

Finalmente, con la implementación de los contratos digitales es indudable que el elemento esencial del consentimiento se transforma en la simple aceptación entre el usuario inicial y el final, y se pueden afectar derechos fundamentales como la protección de datos personales y la

privacidad, porque esencialmente esta nueva forma de contratar es un contrato de adhesión, sobre el cual trataremos detalladamente en el Capítulo 2 de este estudio.

Capítulo II

La contratación por adhesión

1. Introducción

Es oportuno destacar lo mencionado en el capítulo anterior respecto de la categoría jurídica denominada contrato, en el sentido ontológico tradicional la locución latina *contractus* (Cornú, 1995, p. 30), que se refiere al convenio, pacto o acuerdo de voluntades. De acuerdo con la doctrina, esta categoría se está innovando en el tráfico jurídico, entre otras formas, mediante el uso del contrato de adhesión para la comercialización de bienes y servicios en masa. Múnera y Ramírez dicen que este negocio jurídico debe ser sustituido por una especie que se podría clasificar de la misma manera que los demás contratos, pues se busca identificar a los que fueron formados por la simple adhesión de una persona a una oferta, cuyos términos y cláusulas son innegociables (Múnera & Ramírez, 2015, p. 117). Igualmente, Mato afirma que esta institución jurídica:

(...) ha permitido generalizar las estipulaciones de la contratación con cierto sesgo de unilateralidad por la predisposición otorgada al sujeto jurídico contratante, para mantener la posición de dominio del poder contractual sobre el contratante adherente o sujeto jurídico débil, que tan solo puede aceptar o rechazar, sin otra posibilidad de discutir el contenido. (Mato, 2019, p. 212)

En efecto, el proceso de contratación por adhesión supuso retos a las técnicas contractuales. Al referirse a ello, Breccia *et al.* relacionan la “(...) adopción de modelos radicalmente innovadores con respecto a las tradicionales, y el nivel de las relaciones entre autonomía contractual y los poderes estatales, determinando una creciente injerencia normativa en la actividad negocial privada”. (1995, p. 614)¹⁸

A continuación, se hará referencia al estado del tema del contrato de adhesión en la actividad negocial privada. Para ello, se partirá de una visión general, las definiciones, los sujetos y presupuestos esenciales, el principio de la autonomía de la voluntad y sus afectaciones, clases y ámbitos. Y se finalizará con un análisis sobre la protección expresa del sujeto jurídico débil y la injerencia de los poderes estatales, mediante el enfoque de protección diferenciado, la regulación especial y el control de las cláusulas abusivas, para tratar de reequilibrar la asimetría contractual que se presupone en este tipo de contratación, en una economía de mercado que impone la contratación por adhesión para acelerar el tráfico jurídico. Situación que, según Oliva (2016, p. 304), demuestra la necesidad de la moralización y el reconocimiento de la buena fe en sentido objetivo, como estándar de conducta en las relaciones privadas.

2. Definiciones del contrato de adhesión

En sentido general, la expresión latina adhesión significa unirse a, vincularse (Cornú, 1995). Es también definida como el acto por el cual una persona se vincula a una situación jurídica ya establecida (estatuto, pacto, concordato, convención) (1995). Asimismo, la noción del contrato

¹⁸ La cual se puede evidenciar en una economía de mercado cada día más globalizada.

de adhesión se consagra en su nominación doctrinal genérica, como aquella que se incluye en todos los contratos, en cuya formación el consentimiento de una de las partes (cliente, consumidor, viajero) consiste en decidirse por unas cláusulas o en condiciones (plazos, tarifas, etc.) establecidas unilateralmente y de antemano por la otra parte (1995). Mazeud (1969), por su parte, la define como aquella relación contractual que establece de una vez una posición de dominio, sea económico o de conocimiento del predisponente: “(...) entre la voluntad perfectamente esclarecida y libre de las partes y el consentimiento viciado, existe toda una gama de situaciones en la que una de las partes, en razón de su poderío económico o de conocimiento de los negocios, puede dictar la ley al otro contratante peor armado”. (p. 103)

A propósito, y para continuar con el enfoque conceptual del contrato de adhesión, se propone ignorar totalmente la connotación atribuida al imperio de la autonomía de la voluntad, por la doctrina de los contratos de las escuelas pandectística y voluntarista con su *Acte Juridique* (Valencia, 2004, p. 54) de inicios del siglo XX. Por lo que es necesaria una precisión sobre la posible relatividad o ausencia de la autonomía negocial en el negocio jurídico por adhesión, que ya se advertía en la tesis sobre la limitación del consentimiento libre y autónomo como expresión de la voluntad, pues contratos típicos como los de trabajo, seguro y transporte, entre otros, no dependen en cuanto a su formación del consentimiento libre de las partes, “sino que el esquema bilateral del código se había sustituido por lo que denominó por primera vez contratos de adhesión” (Saleilles, citado por Bernal & Villegas, 2008, p. 156). Igualmente, la doctrina francesa de mediados del siglo XX, ya proponía la situación de desigualdad en los contratos de adhesión por los papeles o perfiles que desempeñan cada una de las partes (Josserand:, 2006, p. 31)

Entre tanto, la naturaleza y evolución de este tipo de contratación ha permitido unas particularidades para su perfeccionamiento, que así lo diferencia de los demás contratos tipo, porque permite que el consentimiento como expresión de la voluntad se homologue entre lo real y lo declarado: las cláusulas deben ser fijadas por solo una de las partes, de manera que la otra no las pueda modificar ni hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas (Messineo, 1971, p. 483). Se evidencia entonces que, ante la ausencia de libertad para discutir las cláusulas del contrato, el sujeto débil o contratante adherente no tiene otra opción más que aceptarlo si quiere contratar u obtener servicios o productos comercializados en masa.

A ese respecto, Múnera y Ramírez manifiestan que en este contrato sólo una de las partes expresa su voluntad, mientras que la otra opta por adherir sin que pueda ejercer su facultad de negociación (Múnera & Ramírez, 2015, p. 130). Y para Planiol y Ripert, los contratos de adhesión son aquellos en los cuales se reformula el principio de la autonomía de la voluntad porque no existe igualdad de los contratantes:

(...) pues por un lado se encuentra un particular y por el otro una potencia económica, la mayor de las veces, que impone las condiciones generales que se proponen en todo el público, en los mismos términos, y que son sometidas a su aceptación o rechazo; excluyendo toda posibilidad de admitir que las partes puedan, por su voluntad y aun por mutuo acuerdo, variarlas o modificarlas; máxime cuando esas condiciones generales son impuestas por disposiciones legales de carácter imperativo o coactivo y de eminente interés público y de servicio social, que impiden, restringen o modifican la autonomía de la voluntad de los contratantes. (Planiol & Ripert, citados por León, 2015, p. 228)

¿Qué entender entonces como contrato de adhesión? Barrera considera que es el negocio al que concurren los contratantes, de tal suerte que uno de ellos, organizado y económicamente

más fuerte que el otro, le impone el clausulado y las condiciones contractuales, sin que le quede al contratante “débil”, una opción distinta de aceptarlo o rechazarlo en su totalidad. (2004, p. 40)

A este respecto, Valencia subraya que el contrato de adhesión se emplea por las grandes empresas y por los comerciantes en general, principalmente para la venta de productos, el suministro de energía y el transporte de personas o cosas. En tal sentido, la empresa anuncia al público las condiciones contractuales, sin permitirles discusión alguna respecto de ellas. (2004, p. 54)

En este punto hay que traer a colación la modificación del Libro III del Código Civil francés, introducida por el Ejecutivo francés mediante la Ordenanza n.º 2016-131, con respecto al derecho de los contratos y del régimen y de la prueba de las obligaciones, que en su artículo 1108 señala el concepto del contrato de adhesión, como aquel cuyas estipulaciones esenciales se sustraen a la libre negociación y son determinadas por una de las partes. En ese mismo sentido, se refiere también al contrato marco que lo define el artículo 1109 así: “(...) el contrato marco es un acuerdo por el que las partes acuerdan características esenciales de sus relaciones contractuales futuras. Los preceptos de ejecución del contrato marco se precisarán por medio de contratos de aplicación”.

En virtud de lo anterior, se reitera que, en la contratación por adhesión, especialmente aquella denominada de consumo B2C y entre empresarios B2b pyme, utilizada para la adquisición y comercialización de productos y servicios en masa, se afecta particularmente uno de los elementos de existencia del acto jurídico: el consentimiento, conocido como el influjo de dos voluntades coincidentes, toda vez que se presupone un contenido obligacional que limita el

ejercicio libre de los principios de la autonomía de la voluntad (libertad negocial) del sujeto jurídico débil o contratante adherente porque no tiene otra opción más que aceptar o rechazar las cláusulas del contrato diseñadas unilateralmente por el predisponente, generalmente contenidas en formatos uniformes con los términos y condiciones aplicables.

2.1. Los presupuestos esenciales en el contrato de adhesión

No son pocos los autores inconformes con la limitación de la libertad negocial en la contratación masificada. Por ello, se considera necesario recordar que los presupuestos tradicionales del contrato, como el consentimiento y libertad para contratar, se sustituyen en el clausulado predispuesto de los contratos llamados de adhesión, tipo, de forma o con condiciones generales. Pero ¿puede plantearse la discusión de si se trata de libertad de adherencia o de disidencia del sujeto jurídico débil o contratante adherente? Al respecto, Múnera y Ramírez destacan en su análisis que la formulación filosófico jurídica de la autonomía de la voluntad en la tradición académica se aborda desde tesis contrarias a la autonomía contractual como fundamento de los contratos, porque ven en el principio de la autonomía de la voluntad un postulado sin importancia, en plena decadencia (Múnera & Ramírez, 2015, p. 128).

En ese mismo sentido, y con la teoría actual del contrato relacionada con el constitucionalismo del derecho privado, la contratación por adhesión plantea la ausencia de los presupuestos que son de aplicación general en todo negocio jurídico (Díez-Picazo, citado por Posada, 2015). Por lo demás, en la doctrina se vienen presentando nuevas propuestas que lo caracterizan por la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral (Mato, 2015), y lo

denominan un *no contrato*, un *tercer contrato*, que, en contraposición al “primer” contrato regulado en el Código Civil y al “segundo” contrato regulado en las normas de protección al consumidor, reagruparía una disciplina específica para las contrataciones en desequilibrio entre profesionales (Mezzasoma, 2015, p. 191), debido a la posición de dominio –sea económico o de conocimiento del sujeto predisponente–.

A continuación, se analizan los principios de la autonomía negocial y libertad de forma ante la limitación o ausencia de la autonomía de la voluntad del contratante adherente o débil jurídico, en la formación de los contratos de adhesión cuyo contenido no puede ser discutido ni negociado previamente.

2.2. El principio de la libertad de forma y autonomía negocial en el contrato de adhesión

Se entiende, de hecho, que la nueva realidad económica social ha impuesto un replanteamiento del derecho de los contratos, en el sentido de que actualmente el requisito de forma puede cambiar sus propias funciones originales. En efecto, en el proceso formativo de los contratos mercantiles por adhesión, la libertad negocial, otrora presupuesto de la autonomía de la voluntad, se ve ignorada, al ser estos determinados previamente por el sujeto predisponente. En cuanto a esto, Múnera y Ramírez afirman que el surgimiento de una falta de aplicación al principio de la confianza es la derivación de la regla de buena fe y, por tanto la libertad y la voluntad de quien adhiere a la voluntad unilateral de otro, “carecen de entidad para constituir la adhesión como un contrato en un ámbito de validez moral y validez jurídica, dada la conducta desplegada por la persona del adherente”. (Múnera & Ramírez, 2015, p. 132)

En tal sentido, Barceló (2018) dice que tradicionalmente se priorizaba la autonomía negocial haciendo relevante los intereses de las partes contratantes, en cuanto a la libertad de negociación, de elegir al contratante, de determinar el contenido del contrato o de escoger la forma del acto en cuestión. Al respecto, Mezzazoma (2015, p. 19), citando a Perlingieri, manifiesta que

(...) si tal libertad se encuentra efectivamente reflejada en la teoría de los actos, por la fisionomía que esta asume sobre la base de los principios generales del ordenamiento, que se concluye con la valoración de transparencia y abusividad de la autonomía negocial: (...) esta, por tanto, no tiene un valor per se. Indispensablemente se presenta necesario la revisión de la noción a la luz del juicio de abusividad de las singulares decisiones para deducir si estos, individualmente considerados, pueden ser regulados, al menos en parte, por la autonomía negocial. (2015, p. 19)

Es así como la doctrina clásica ha establecido esa relación entre el principio de libertad de la forma de los negocios con la correcta disciplina de la autonomía negocial, en consonancia con la idea de autonomía privada inherente a la libertad de escoger la forma mediante la cual manifestar esta autonomía (Ferri, citado por Mezzazoma, 2015, p. 190). Es decir, la autonomía negocial del adherente o sujeto jurídico débil debería ser entendida como aquella libertad de adherencia o disidencia que se le otorga al consumidor o usuario debidamente informado con la posición de condicionar la evolución del mercado, mediante elecciones reflexivas sobre la cantidad y calidad deseadas del producto o servicio.

A su vez, Mezzazoma, destaca que para el sujeto predisponente la previsión de requisitos formales en la normativa especial, le permite determinar previamente de forma clara y transparente, “... un articulado con valor de protección que garantiza al contratante más débil una oportuna

protección contra el desequilibrio informativo” (2015, p. 203). Y le prohíbe, según Zapata (2016), la inclusión de las cláusulas abusivas, y le impone deberes en la etapa precontractual a fin de respetar el principio de conservación de los negocios.

No obstante, Mezzazoma, concluye que: “(...) es innegable la presencia de un natural desequilibrio en la relación de consumo, porque el contratante más débil lo es, precisamente porque le supone un gran esfuerzo hallar la información necesaria para formar plenamente su voluntad contractual (2015, p. 203)”. Además, “... el hecho de que estos datos estén puestos en máquina de escribir o aun a mano, no significa necesariamente que hayan sido previamente discutidos y acordados” (Ovalle, 1995, p. 124). Al contrario, normalmente son impuestos unilateralmente por la parte.

En cuanto a las formas predispuestas por el sujeto contratante, conviene mencionar el principio de la equivalencia funcional de la contratación electrónica, considerado uno de los modos para poder contratar por adhesión, en el entendido de que la regulación especial dispone para el predisponente la obligación de diseñar formas con contenidos transparentes y verificables para no ralentizar el tráfico comercial (Mezzazoma, 2015), con el fin de ponerlos al alcance del sujeto jurídico débil o contratante adherente, en especial cuando se trate del consumidor.

En algunas legislaciones, como la mexicana, puede someterse a aprobación el contrato que se va a celebrar, si se trata de la contratación entre empresarios, cuyas cláusulas son impuestas por la otra parte (los grandes productores de bienes y servicios, agentes económicos), y que no son discutidas por una de las partes (León, 2015, p. 229). Se puede tramitar una solicitud acompañada

del contrato objeto de registro, ante la Procuraduría Federal del Consumidor⁴⁰ en la oficina de la Dirección General Jurídica Consultiva, que analiza el contrato de acuerdo con el artículo 87 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, previniendo así que los modelos se ajusten a lo que establezca la norma correspondiente y a las disposiciones de la ley. La decisión será emitida dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud de registro mediante una resolución (León, 2015).

En similar sentido, se abordan a continuación los ámbitos y la necesidad de dimensionar el equilibrio jurídico y económico para aquellos contratos por adhesión celebrados entre empresarios B2b pyme, que tradicionalmente han sido exclusividad del contrato de consumo B2C y B2B.

2.3. Ámbitos de aplicación y sujetos del contrato de adhesión

La doctrina especializada, la jurisprudencia y el legislador europeo han venido considerando los problemas jurídicos planteados en la contratación por adhesión, especialmente aquellos que tienen que ver con su ámbito de aplicación. En general, la complejidad del mercado genera la variable exigencia de tutelar al sujeto jurídico débil o contratante adherente mediante la normativa especial, que ha estado interviniendo en el ámbito subjetivo del control del contenido (Mato, 2015).

Verbigracia, en la contratación con consumidores se consagran obligaciones más importantes al predisponente; entre otras, el deber de informar con claridad y transparencia,

⁴⁰ Esta entidad es la encargada de defender los derechos de los consumidores, prevenir los abusos y garantizar relaciones de consumo justas.

emanado del principio de buena fe, para garantizar el cumplimiento contractual. En tal sentido, la obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos: el desequilibrio de conocimiento entre las partes, por la forma o circunstancias que rodean el propio contrato y el robustecimiento del consentimiento, consistente en la comprensión del mecanismo de la operación y del contenido de los derechos y obligaciones adquiridos y la valoración de los riesgos que comporta el contrato. (Chinchilla, 2011, p. 327)

Ahora bien, para garantizar el principio de transparencia tanto en la fase formativa como en la contractual, se debe abordar el amparo de la persona, sea consumidor o usuario, desde una perspectiva jurídica civilista que difiere de la tipología principal del contrato. Mezzazoma, citando a Perlingieri, sostiene que se ha propiciado una marcada limitación de la autonomía de la voluntad comercial, situación que hace necesario tutelar los intereses de los contratantes más débiles mediante normativas sectoriales, para lograr una verdadera libertad de adherencia o disidencia. (Mezzazoma, 2015, p. 190)

Entonces, si el consumidor, como último eslabón de la cadena distributiva de bienes o servicios, mantiene la posición de condicionar la evolución del mercado, siempre y cuando sus elecciones sean “(...) plenamente ponderadas, permitiendo premiar a los profesionales más ejemplares y sancionar aquellos que, por el contrario, no garantizan el suministro de bienes y la prestación de servicios de calidad” (Mezzazoma, 2015, p. 196); se propone, por consiguiente, considerar una reformulación de la naturaleza bilateral de la técnica formativa del contrato, o de determinar el proceso de adhesión como un género contractual, “(...) ignorándose el apremio de la voluntad que hace el predisponente al actuar con unilateralidad y sesgo impositivo porque no

permite modificación o alteración de sus cláusulas, so pena de impedir el acceso al bien o servicio por el interesado (Martin et al., 2017, p. 553)”.

Es esta forma masificada e impuesta, la que ha dado lugar a los contratos preestipulados, por adhesión, tipo, con condiciones generales, entre otros. Por lo que, de acuerdo con Ovalle, citado por León (2015), se hace necesario que la parte adherente o sujeto jurídico débil esté protegida por controles específicos para este tipo de negocios jurídicos, como ocurre, por ejemplo con “el control de incorporación”, en la contratación mercantil con consumidores o B2C:

(...) es imposible lógica y jurídicamente que los contratos de adhesión contengan todos los antecedentes, declaraciones y cláusulas integrados por completo, pues siempre tendrán, necesariamente, algunos datos variables por llenar (el nombre del consumidor, el precio, las unidades objeto del contrato, fecha y lugar de entrega, fecha de celebración, etc. (León, 2015, p. 228)

En cuanto al control material para los contratos predispuestos B2b pyme, claramente afectados por el déficit de la autonomía de la voluntad del sujeto adherente o débil jurídico, y por ser esta una contratación no negociada previamente, Mato (2015) sostiene que en algunas legislaciones solo se verían afectados por las normas generales de orden público, moral y buenas costumbres. Sin embargo, con la constitucionalización del derecho privado se ha visto el esfuerzo de argumentar en favor de la necesidad del control material para establecer una visión diferenciada del empresario débil o pyme, en la relación contractual, por ejemplo, con las G.S.⁴¹

⁴¹ En el siguiente capítulo se desarrolla en detalle la situación contractual de adhesión entre las pymes colombianas con las G.S. y la aplicación particular que se hace en la investigación.

Por otra parte, si bien, cuando se hace referencia a las partes contractuales de los negocios jurídicos en general, se les determina como sujetos contratantes o celebrantes, en la contratación por adhesión se hace necesario referir su identificación y cualidad. De acuerdo con Chinchilla (2011), en esta relación obligacional se encuentran dos extremos caracterizados por una realidad económica, social y cultural: por un lado, está el sujeto que presta su consentimiento para convenir, y por el otro, quien lo propone, radicándose en ellos los efectos inmediatos del contrato. Convirtiéndose según sea el caso, en contratante predisponente o adherente.

Ahora bien, el solo hecho de poseer una cualidad específica o una posición especial como sujeto contratante es importante, porque es quien tiene la posición de dominio en la relación y puede predisponer el contenido contractual, pero con ello tiene la carga del deber de información. Esto, porque es diferente la que debe ser suministrada por un profesional o un sujeto cualificado en una relación obligacional, respecto de la que tiene que entregar quien ostenta una “presunción de ignorancia legítima” (Chinchilla, 2011). Esto, dadas las condiciones cognitivas, sociales y las circunstancias fácticas en las que ella se encuentra respecto de su cocontratante, sin dejar de lado la obligación de colaboración y diligencia que generan los contratos, en virtud del principio de buena fe.

Por otra parte, Chinchilla (2011) utiliza para identificar a la parte contratante adherente varias denominaciones: el profano, consumidor, débil de la relación contractual, el necesitado o el torpe, porque tan solo suscribe el contrato mediante su firma, sin posibilidad de discutir el clausulado, si quiere obtener los bienes y servicios disponibles en la contratación masificada, pero

a quien le compete el deber de debida diligencia de informarse. En ese sentido, León (2015, p. 108), citando el artículo 78 del Código de Comercio mexicano, sostiene que, tratándose de la consensualidad de los contratos comerciales, cada uno se obliga en los términos en que quiso obligarse, sin que la validez del acto mercantil dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Precisamente, y para establecer la diferencia en la fuerza negocial de los sujetos jurídicos en la contratación por adhesión, se ha permitido reformular la dinámica del consenso y el dogma de la autonomía privada de las instituciones clásicas de los contratos del siglo XIX. Por ello, y ante la imposibilidad de discutir el clausulado del contrato, lo que se persigue es tutelar al sujeto jurídico débil o contratante adherente, quien mantiene una posición inferior con respecto a la experticia, poder del mercado y demás aspectos del predisponente.

En efecto, mediante los controles especiales se previene el problema de las cláusulas abusivas, evitando la conflictividad en la contratación con consumidores y, con ciertos matices, en la contratación entre empresarios, en los contratos de distribución, suministro y comercialización de bienes y servicios en masa. Además, se reitera que, si el contratante adherente o sujeto jurídico débil se hace merecedor de la tutela constitucional, habrá un mejoramiento del fenómeno de la asimetría contractual entre los particulares que suscriben el contrato de adhesión.

A continuación, se aborda la clasificación de los contratos por adhesión partiendo de los contratos con condiciones generales, diferenciándolos de los contratos tipo y normativos; la

contratación mercantil suscrita con consumidores o B2C; entre empresarios B2b pyme y los contratos de adhesión modernos.

2.4. Clases de contratos por adhesión

Como se ha venido señalando, para referirse a la clasificación general de los contratos por adhesión, debe tenerse en cuenta que esta contratación presupone una obligación *in contrahendi*, es decir, que se acepta contratar de cierto modo. En ese sentido, la tradición romanística del consensualismo va desapareciendo a favor del formalismo, como una conquista de la buena fe para redefinir las relaciones contractuales.

Por ello, León propone que se ajusten a este principio los pactos que regularán las relaciones de una contratación no negociada previamente, según tres supuestos generales: (i) los modelos de contratos mercantiles de adhesión, (ii) los contratos tipo o con condiciones generales, y (iii) los contratos normativos (León, 2015, p. 230). Se sugiere entonces subsanar la problemática característica del desequilibrio contractual en la contratación mercantil por adhesión mediante un control del contenido, similar a la contratación con consumidores B2C, cuyo ámbito de aplicación es subjetivo por medio de la regulación especial.

Para ello, Chinchilla (2011) propone el deber de información con ciertos límites, dado que si una de las partes al poseer el conocimiento del producto o servicio se coloca en una posición de dominio con respecto a la otra parte que los demanda o necesita, debe obrar de buena fe, en el sentido de que puede ampararse en el derecho a la reserva de la información. Así, por ejemplo,

está sujeta a ella la información privilegiada, en cuanto esta no puede ser usada o revelada en interés particular en desmedro de la transparencia del mercado, así como aquella información sujeta a secreto (la empresarial, industrial, la bancaria, etc.).

Por otro lado, existen los contratos mercantiles por adhesión entre empresarios B2b pyme, en los que, con ciertos matices de injerencia por parte del legislador en la esfera negocial privada, él tutela de forma expresa, mediante un enfoque diferenciado, al sujeto jurídico débil o empresario adherente, al hacerlo susceptible de ser protegido frente a cláusulas desequilibradas. Se comparte con Chinchilla que algunas no puedan ser discutidas, sino impuestas por el agente con posición relevante en el mercado, porque se encuentran bajo secreto profesional o el llamado *know how*, o

(...) porque contratan con otros empresarios que no destinan tales bienes y servicios para uso personal o de consumo, sino para incorporarlos o transformarlos en otros bienes y servicios (o los mismos) que a su vez ofrecen y venden al público o a intermediarios; en tales casos, también puede hablarse de contratos de adhesión. (Chinchilla, 2011, p. 236)

2.4.1. Los contratos con condiciones generales y el uso de formularios

Comúnmente, se sostiene que la naturaleza contractual de los negocios es de convención libre, una coincidencia de voluntades que es reafirmada por medio del consentimiento mutuo expresado en un documento. Sin embargo, como se ha sosteniendo a lo largo de este capítulo, los modos de contratar por adhesión vienen siendo impuestos para la comercialización de productos y servicios en masa, mediante los llamados contratos de adhesión, tipo, normativos y con condiciones generales que remiten al uso de documentos predeterminados y formularios

inmodificables, porque son expedidos por el sujeto jurídico que posee la experticia, el poder del mercado y demás aspectos, como predisponente contratante.

Y es que, De Castro y Bravo sugieren que en la contratación mediante condiciones generales

(...) se designan como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones de los contratos) que sobre un determinado tipo de prestaciones se proponen celebrar. (De Castro & Bravo, 1997, p. 921).

Es así como, el Tribunal Supremo español ha establecido en la sentencia del 13 de noviembre de 1998, la diferencia entre el contrato de adhesión y el contrato con condiciones generales, afirmando que: “(...) sus cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino que simplemente puede aceptarlas o no” (1998). En ese mismo sentido, León destaca lo dispuesto por la Tercera Sala Civil de la ciudad de México, en un recurso de amparo directo, afirmando que

(...) comúnmente, los modos de contratar para la comercialización de productos y servicios en masa llamados con condiciones generales, remiten al uso de documentos predeterminados y formularios inmodificables, que son expedidos por el sujeto jurídico que ostenta la experticia, el poder del mercado y demás aspectos como predisponente contratante. (León, 2015, p. 228)

Igualmente, este Tribunal sostiene que

(...) en los contratos mercantiles cuando esas condiciones generales son impuestas por disposiciones legales de carácter imperativo o coactivo y de eminente interés público y de servicio social, se impiden, restringen o modifican la autonomía de la voluntad de los contratantes (citado por León, 2015, p. 228).

2.4.1.1. La contratación por adhesión entre empresarios y la contratación con condiciones generales en el derecho comparado

Como se ha visto hasta ahora, el régimen económico moderno ha desplazado de manera conveniente la contratación individual de la contratación en masa, otorgando y permitiendo a los grandes grupos económicos determinar su contenido y especificaciones técnicas para limitar su responsabilidad, tanto en el ámbito del derecho de consumo como fuera de él, específicamente en las cadenas de producción, distribución y comercialización. Se evidencian así los peligros que conlleva esta forma de contratar, caracterizada por la determinación del contenido del clausulado por parte del predisponente, y se pretenden compensar por el ordenamiento mediante mecanismos de control que tienen por objeto proteger a la parte débil de la relación contractual entre empresarios B2b pyme.

En cualquier evento, “la admisión de la tutela respecto de las personas jurídicas está subordinada, de igual modo en las personas físicas, al hecho de que el contratante actúe con un fin no profesional” (Mato, 2015). En este sentido, se comparte lo expuesto por Mato respecto de los desequilibrios significativos que puede enfrentar el contratante adherente de los contratos entre empresarios B2b pyme, dejando por fuera lo ya abordado sobre los contratos con consumidores, pero extendido a los empresarios.

Igualmente, Mato (2015) aborda el amparo de ciertos supuestos protegibles en España, con la propuesta de la incorporación de una cláusula general de buena fe para todos los contratos de adhesión determinados entre otros, por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, Ley 7/1998, del 13 de abril), a través del control de contenido de los contratos predispuestos, las cláusulas abusivas, los mecanismos de protección en el derecho general de las obligaciones y las reglas contenidas en el Código Civil.

Mato (2015) concluye que, en el ordenamiento jurídico español, solo el adherente consumidor se ve tutelado por un control de contenido específico, control que no es de aplicación, por el contrario, a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Igualmente, advierte que, ante el distinto poder de negociación entre las partes en los llamados contratos por adhesión entre empresarios B2b pyme, es pertinente la protección de ciertos sujetos adherentes mediante un control de contenido porque no existe libertad para determinarlo.

Se arguye una dependencia y vulnerabilidad del sujeto adherente o débil jurídico por falta de recursos para el asesoramiento o la falta de experiencia, que conlleva el desconocimiento del verdadero alcance del clausulado (Mato, 2015). Por lo tanto, para esta autora es importante diferenciar el control del contenido de la protección del consumidor de la del empresario adherente, así como las diversas clases de empresarios adherentes.

Para ello se acude, por ejemplo, a fórmulas como las costumbres y tradiciones aplicables en el comercio (*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*) o a los intereses típicos de quienes

normalmente están involucrados en negocios de la misma especie (“quadro negocial padronizado”) (Mato, 2015).

Según Aguilar (2008), el patrón de los contratantes adherentes es aplicado en la legislación portuguesa bajo el régimen legal de las cláusulas contractuales (Decreto Ley n.º 446/85). Por ejemplo, en el sector bancario y de seguros, el predisponente con un marco de negociación estandarizado propone cláusulas redactadas de forma compleja, sólo aptas para su comprensión por especialistas, lo que contraría los principios de buena fe y de transparencia al redactar las condiciones generales de contratación (Aguilar, 2008, p. 327).

Por ello, se prohíben las cláusulas generales preparadas para situaciones futuras, en España, la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación⁴² busca la protección de la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia contractual. En su artículo 24 excluye la utilización de cláusulas abusivas, al afirmar: “(...) aquellas cláusulas contractuales generales, preparadas para uso futuro, cuando sean contrarias a lo dispuesto en los artículos 15, 16, 18, 19, 21 y 22, podrán ser prohibidas por decisión judicial, independientemente de su inclusión efectiva en los contratos individuales”.

⁴² LCGC. <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/04/13/7/con>

2.4.1.2. *La contratación por adhesión y los contratos prediseñados*

De acuerdo con León, hay instituciones en el ámbito del derecho mercantil internacional⁴³ que proponen el uso de los documentos predeterminados para agilizar el tráfico jurídico internacional, porque los contratos de adhesión no solo se suscriben entre proveedores y consumidores ni deben constar siempre en formatos. Por el contrario, este fenómeno ha permitido que se diseñen sendos contratos a los que se hace referencia en: los modelos de contratos elaborados por la CCI, sobre leyes y prácticas comerciales y los formularios o contratos de adhesión (León, 2015, p. 230).

Así, algunos de los contratos llamados atípicos por adhesión, no se consideran estrictamente como tales. A continuación, se detallan los principales contratos de adhesión modelo internacional de la CCI que, si bien contienen normas uniformes contractuales elaboradas por un tercero, lo que buscan es garantizar neutralidad, facilidad, conveniencia y rapidez a las partes contractuales. Aunque no son gratuitos, son accesibles a nivel mundial para regular ciertas relaciones comerciales internacionales de manera justa y equitativa, práctica y conveniente, tanto para una como para todas las partes.

La Comisión de la CCI es la encargada de desarrollar con su equipo de expertos jurídicos, los contratos y cláusulas modelo para ofrecer mayor certeza y seguridad jurídica a las relaciones contractuales, sin expresar preferencia por ninguna jurisdicción en particular, buscan proporcionar a los comerciantes internacionales lo que las partes pueden incorporar en sus contratos: a) la fuerza

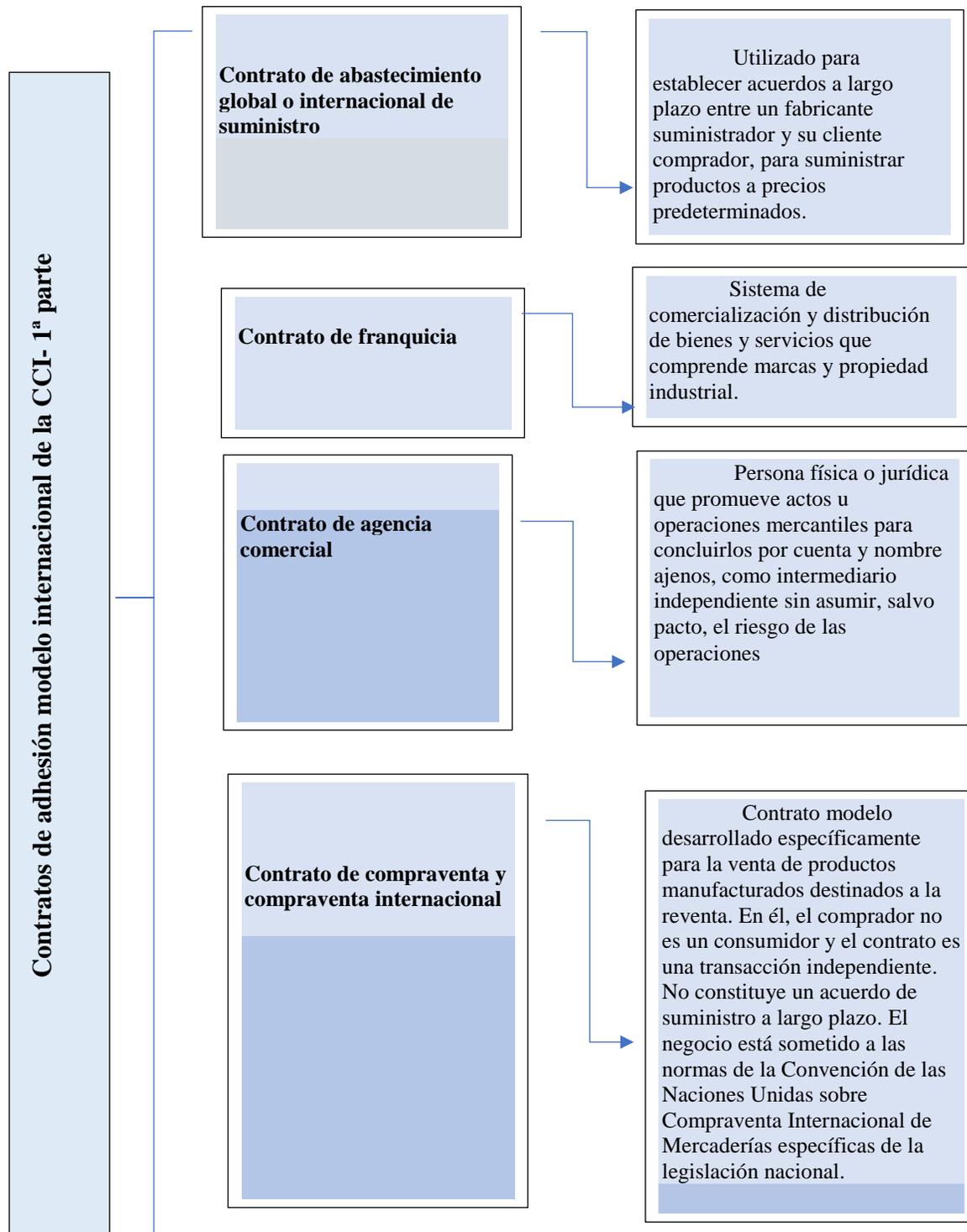
⁴³ CCI, UNCITRAL, UNIDROIT, Lex Mercatoria, etc.

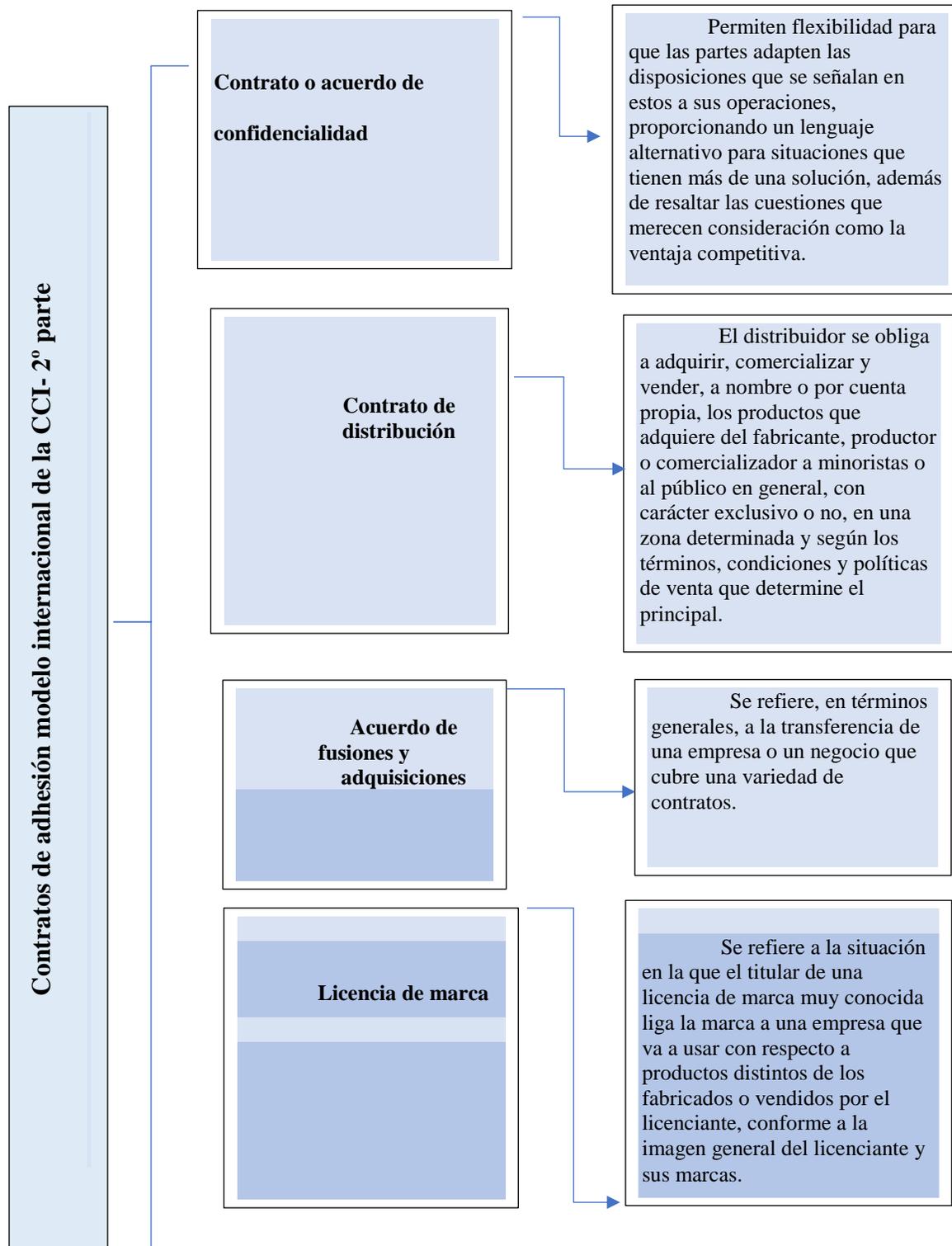
mayor combina la previsibilidad de la lista de eventos de fuerza mayor con una fórmula de fuerza mayor general que tiene la intención de atrapar circunstancias que quedan fuera de los eventos enumerados, b) de equidad que balancea las expectativas legítimas de desempeño, con la dura realidad en la que las circunstancias llegan a cambiar y hacen que la labor sea tan difícil, que el contrato simplemente tenga que cambiar⁴⁴.

A continuación, y a manera de ejemplo, se relacionan los modelos de contratos internacionales de la CCI, sus definiciones y principales usos.

⁴⁴ ICC México. <https://www.iccmex.mx/productos-y-servicios/contratos-modelo-1/incoterms-y-contratos-modelo>

Clasificación de los modelos de contratos internacionales de la CCI





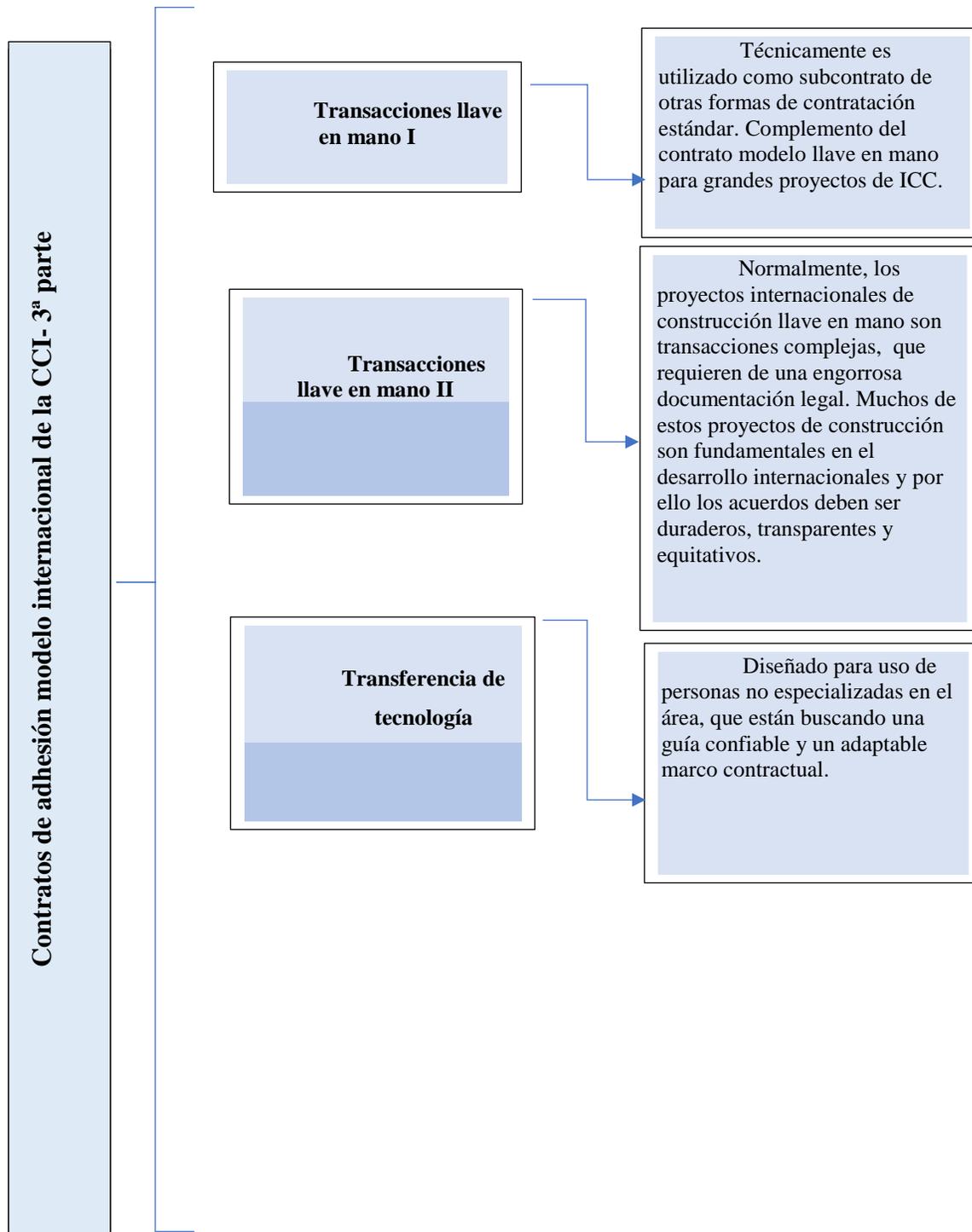


Figura 1. Contratos modelo CCI. Fuente: elaboración propia.

2.4.2. Contratos tipo y contratos normativos

En términos generales, la complejidad comercial económica y de mercado de la contratación masificada de bienes y servicios conlleva la obligación de contratar de manera uniforme, aceptando la imposición de contenidos contractuales contenidos en los formatos de adhesión, en los cuales se evidencia la predeterminación del contenido contractual por una de las partes, recurriendo a condiciones generales, lo cual se emplea para celebrar un número indeterminado de negocios o formularios inmodificables (Cepeda, 1985, p. 9). En ese mismo sentido, la premisa de que los contratos por adhesión no se negocian entre individuos, sino entre equipos de expertos que obran por cuenta de organizaciones colectivas (*trusts*, por lo general) y, fijan las condiciones que deberán asimilar las empresas adherentes, en la estipulación de los contratos con los usuarios (Breccia et al., 1995, p. 615).

De acuerdo con León (2015), tampoco debe confundirse el “contrato de adhesión” con el denominado “contrato normativo”, en el cual “(...) las partes en previsión de una pluralidad de relaciones jurídicas por constituirse entre ellas, determinan previamente, por lo menos en parte, la disciplina a la cual quedarán sometidas las relaciones que se constituyan de manera efectiva” (León, 2015, p. 75). Para ello, se cuenta con una regulación general y uniforme a la que se deben ajustar los contratantes al establecer los pactos que reglarán sus relaciones, con la condición única de aceptarlos o rechazarlos. Por su parte, Aguilar (2008) manifiesta que en este negocio jurídico es conveniente diferenciar dos fenómenos en los modos de contratación masificadas:

(...) el primero, por adhesión, cuando todas las cláusulas son puestas en conocimiento de los sujetos interesados, en el momento en que estos dan su conformidad, la llamada ‘letra chica’ de los

contratos de seguros, suministro de servicios públicos, etc. El segundo, conocido como condiciones generales de contratación, cuando han quedado fuera del contrato y el contratante parece adherirse a ellas. (2008, p. 327)

El ejemplo más notable de este tipo de contratos con condiciones generales es el de los convenios colectivos, al que se deben sujetar los contratos de trabajo otorgados bajo su ámbito concreto de aplicación (Mato, 2015).

En ese orden de consideraciones, se puede afirmar que en el contrato tipo y en el normativo se le concede a una de las partes la facultad de predisponer de forma autónoma el contenido del reglamento y de exigir por ello el cumplimiento del clausulado. Se aplica, de acuerdo con Hueck (1923), cierta tipicidad aceptada socialmente como consecuencia de la proliferación en determinadas categorías de negocios jurídicos por adhesión, que floreció en las sociedades con economías masificadas como la norteamericana durante la segunda década del siglo XX y sobre todo en países anglosajones, para atender necesidades de los agentes económicos (Hueck, 1923, p. 37)

Es así como Castro (2019), para definir los contratos marco en el derecho privado, apunta a las doctrinas italiana y alemana, e infiere que la contratación uniforme no riñe con el ejercicio de la autonomía contractual de las partes, para decidir si en un futuro se suscriben o no contratos individuales (unilaterales o bilaterales) con condiciones predispuestas, “(...) toda vez que, en el contrato normativo se anticipa la necesidad de contar con unas reglas contractuales definidas y uniformes que se dejan a punto, a la espera de las oportunidades futuras de concluir negocios por los que se desarrollen y se lleven a la práctica las normas así concebidas” (2019, p. 121).

En la medida que, según Hueck (1923), la economía moderna gira en torno a las organizaciones y no al individuo, en el contrato normativo:

(...) serán de obligatoria observancia en los negocios subsecuentes que sobre la materia celebren las partes, pero no contiene ninguna obligación futura de celebrar ciertos contratos, sino que aquel solo tendrá vigencia en caso de que tales contratos individuales puedan celebrarse subsecuentemente (1923, p. 38).

Igualmente, Castro (2019) se refiere a que los contratos marco son una forma particular de celebrar ciertos negocios, porque los contratantes convienen el clausulado general que prevé la suscripción futura de acuerdos específicos que desarrollen su operación mercantil a partir de pedidos, órdenes de trabajo o servicios puntuales (2019, p. 121). En ese mismo contexto, Messineo (1948) señala que en la doctrina italiana el contrato normativo, más que un contrato

(...) es un ‘acuerdo’, dado que lo que persigue es un resultado abstracto y general, *–rationae materiae–*, que, si bien genera derechos y obligaciones, establece normas jurídicas con eficacia limitada. En principio, a los sujetos contrayentes, aunque pueden aplicarse, en ciertas hipótesis, a terceros que son destinatarios del mismo, por colocarse en el supuesto de hecho previsto por aquel. (1948, pp. 57-58)

Incluso lo consideró como un fenómeno de autodisciplina o autoimposición de normas admisibles, si no se oponen a normas imperativas (Messineo, 1948, p. 59).

A continuación, se analiza la contratación con consumidores B2C, su determinación conceptual de acuerdo con la doctrina, y la regulación especial que tutela al contratante adherente consumidor en el derecho comparado.

2.4.3. La contratación por adhesión con consumidores B2C

El surgimiento de la contratación por adhesión con consumidores o B2C ha venido justificando una mayor injerencia del legislador mediante la regulación especial para tutelar al contratante adherente o sujeto jurídico débil en la relación contractual. De hecho, se evidencia limitada en el pasado a la contratación entre profesionales y consumidores, para tutelar a la persona-consumidor frente a todas aquellas actividades desarrolladas por un profesional que puede vulnerar situaciones jurídicas constitucionalmente relevantes (Mezzasoma, 2015, p. 190).

A continuación, se abordará de manera general la contratación denominada con consumidores o B2C. Para ello, es necesario identificar a los contratantes, por una parte, al sujeto contratante denominado consumidor o usuario, y por otra, al predisponente, empresario o profesional que suministra los bienes o servicios. Teniendo en cuenta lo analizado por Mezzasoma (2013), consumidor es toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, industrial, artesanal o personal.

Ciertamente, este concepto determina la relevancia constitucional de la posición del consumidor y del contratante más débil, en general (Mezzasoma, 2015, p. 190), lo cual genera en la doctrina una problemática que cataloga de imprecisa esa formulación de individualización de

este concepto y, por ello, ha sido reformulado en los ordenamientos, entre otros, el italiano. Ahora bien, en el Código de Consumo Italiano y, por tratarse de una ley ordinaria que no puede establecer derechos fundamentales, la persona-consumidor (Alpa, citado por Mezzasoma, 2015, p. 195) figura como el contratante débil que debe tutelarse y asume especial relevancia tan solo mediante la interpretación, para asegurar la eficacia directa y preceptiva de las disposiciones constitucionales vigentes.

Todo esto, según Mezzasoma, permite inferir que la parte contratante o el sujeto jurídico débil sea visto bajo un doble prisma: el consumidor es tanto persona como operador económico. Esta dualidad hace que le sean aplicables al mismo tiempo tanto las disposiciones constitucionales que tutelan a la persona como aquellas que regulan las relaciones económicas. (Mezzasoma, 2012, p. 2)

Considerando que la contratación B2C no es una contratación negociada previamente, el consumidor se encuentra en una situación de desigualdad con respecto a la contraparte. Por ello, Perlingieri, citado por Mezzasoma (2015), se refiere a la necesidad de buscar el equilibrio contractual con las normas sectoriales, para preservar el principio de igualdad, que impone remover las dificultades de orden económico y social, que, por limitar la libertad e igualdad de los ciudadanos, “impiden el pleno desarrollo de la persona humana” (2015, p. 195).

Sin embargo, y como se viene adelantando en Mezzasoma, la posición de poder del predisponente en la cual se encuentra el profesional podría llevarlo a abusar de su condición, “(...) determinando la necesidad de acciones que tienen la función de reequilibrar las relaciones de poder

entre las partes, imponiendo solo al profesional el cumplimiento de amplios y detallados deberes en favor del consumidor” (2012, p. 2).

En ese sentido, el reequilibrio de las relaciones de poder y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores es acogido por la Directiva 93/13 de la Comisión de la Unión Europea, al disponer:

(...) la condición como profesional de una persona debe evaluarse caso por caso en relación con el contrato específico en cuestión, teniendo en cuenta, la naturaleza y objeto del contrato en cuestión y el hecho de que esté enfocada a la protección de los consumidores como la parte típicamente más débil⁴⁵.

De igual manera, según las directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (2019), el sistema de protección establecido por esta Directiva permite presumir que, en relación con un profesional, aquel no es considerado como una parte débil:

(...) tal criterio responde a la idea que sustenta, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas.

⁴⁵ La Directiva 93/13/CEE protege a los consumidores europeos de cláusulas y condiciones abusivas contenidas en un contrato tipo de venta de bienes y servicios. Por ello, la necesidad de incluir la noción de “buena fe” para evitar cualquier desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones mutuas.

A continuación, se analiza la contratación entre empresarios B2b pyme, su determinación conceptual de acuerdo con la doctrina, y las propuestas para tutelar al contratante adherente o sujeto jurídico débil en el derecho comparado.

2.4.4. La contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme

En el ámbito del mercado global entre empresarios y comerciantes, Posada (2015) sostiene que se elaboran contratos en desarrollo de la autonomía de la voluntad a ellos reconocida: “(...) con contenidos uniformes para vender los bienes y prestar los servicios producidos o disponibles masivamente, a todas las personas que los demandarán para satisfacer sus necesidades o deseos de adquirir” (p. 141). Así, en la contratación B2b pyme con clausulados no negociados previamente, se evidencia la asimetría del poder contractual entre los medianos y pequeños empresarios con los agentes del mercado, representado por los grandes grupos económicos.

Por ello, Amadio (2005) se refiere a la importancia de identificar al sujeto adherente o débil jurídico por sus connotaciones particulares: “(...) evitando posibles abusos de la autonomía contractual del adherente sobre el protagonista de una tercera modalidad de contratación que requiere con toda probabilidad, un enfoque de protección diferenciado” (p. 289). De esta manera, y como lo afirma Gual (2015, p. 40), al lado del consumidor entraría también el mediano y pequeño empresario, porque en este tipo de negocio jurídico se presupone una ponderación entre los principios jurídicos que sustentan la naturaleza y validez contractual versus los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de iniciativa de mercado.

Por supuesto, hay indicadores de una disposición de protección a ciertos sujetos en el ámbito empresarial gestados en la justicia heterocompositiva de los arbitrajes y la conciliación comercial, para limitar la posición de dominio de la parte fuerte en los contratos entre empresarios B2b pyme, cuando han surgido situaciones de supuesta desigualdad estructural entre los contratantes. También han ido surgiendo ciertas regulaciones especiales con alcance limitado, concebidas dentro del derecho de la competencia.

A este respecto, Mato (2017) sostiene que el problema de la predisposición contractual en la contratación con condiciones generales ha sido abordado por:

(...) la legislación italiana regula con el *contratto di subfornitura* o con el *diritto di regresso* a favor del minorista, o el de Francia, con su Ley para la Modernización de la Economía y la protección frente a desequilibrios significativos en los derechos y obligaciones de las partes (p. 216).

De acuerdo con la doctrina, en la contratación por adhesión que se celebra entre empresarios, se encuentra, por un lado, el sujeto adherente o débil jurídico, constituido por una o varias personas naturales o jurídicas con el tamaño de pequeña y mediana empresa, denominadas, la pyme. Por otro, el sujeto jurídico predisponente, constituido por operadores económicos, generalmente una empresa que posee el conocimiento y el poder económico, que posee la posición de dominio en el marco de la relación jurídico privada, mediante un formato comercial de gran tamaño de venta al por menor denominado las G.S. o los hipermercados. Es de anotar que, de acuerdo con Mezzasoma (2013, p. 8), las disposiciones relativas a la tutela de los contratantes más

débiles activarían una serie de controles para limitar la autonomía de la voluntad del predisponente, buscando el principio conmutativo y el deber de cooperación en los contratos.

Adicionalmente, se comparte con Gual (2015) el planteamiento de las cláusulas abusivas y de limitación de responsabilidad que

(...) puede confrontar algunas de las prácticas comerciales y tendencias de la competitividad y el desarrollo del mercado, que le permiten a la parte predisponente (empresas productoras o distribuidoras) imponer condiciones de responsabilidad a la adherente o débil jurídico (usuario o consumidor) en la contratación por adhesión masiva: así como en contratos B2b Pyme; estos últimos, como pequeños o medianos empresarios enfrentados a la gran empresa, también podrían ser como los consumidores y usuarios objeto de abusos, puesto que, en últimas, el gran empresario los trata como clientes (Gual, 2015, p. 19)

Adicionalmente, la iliquidez de la pyme es uno de los problemas globales y nacionales más preocupantes que se observan en algunos ordenamientos como el español⁴⁶ y el colombiano. Actualmente, Colombia cuenta con la Ley 2024 del 23 de julio de 2020⁴⁷, para tomar medidas contra la morosidad de los operarios comerciales, cuyo objetivo es impedir que el intermediario o gran empresa obtenga “una liquidez adicional a expensas del acreedor” que normalmente son pymes y microempresarios.

⁴⁶ Ley 15 de 2010: Ley de morosidad, Ley del emprendedor (Real Decreto-Ley 4- 2013).

⁴⁷ Ley 2024 del 23 de julio de 2020. Normas de pago en plazos justos en el ámbito mercantil.

A continuación, se aborda la protección del contratante adherente o sujeto débil ante los desequilibrios significativos que se puedan inferir ante la asimetría contractual, las cláusulas abusivas y restrictivas de la responsabilidad en los contratos de adhesión; así como los avances de la doctrina y la jurisprudencia sobre estos y otros aspectos, como la unificación del derecho de los contratos, el derecho proactivo y el solidarismo contractual.

2.5. El derecho proactivo en los contratos de adhesión

Si el contenido obligacional del contrato ha de estar acorde con el acuerdo de la voluntad de las partes contractuales y les obliga a aceptar las consecuencias con la naturaleza que se derivan de la buena fe y el buen uso (Bosch et al., 2016), se puede inferir que en la contratación contemporánea se requiere de la simplificación de los contratos de consumo masivo (Haapio et al., 2016). Por ello, el contratante o parte adherente que es a su vez el débil jurídico en este tipo de relación contractual, en la mayoría de los casos no lee los contratos o no los entiende y se limita a la mera aceptación mediante su firma y, por tanto, el consentimiento, como elemento esencial de todo contrato, no se ejecuta de manera consiente, libre y espontánea.

Por el contrario, se pondera la situación material o la simple necesidad de suplir algún objeto o servicio. Así las cosas, cuando los contratos pierden su función y mutan a una mera formalidad o a un documento al cual acudir en caso de dificultades, compartimos la propuesta de Bernal (2015) de implementar un derecho proactivo en los contratos, especialmente en los suscritos entre empresarios B2b pyme.

El movimiento de la simplificación de los contratos se orienta hacia una visualización simple y amable para el contratante o adherente; se trata entonces de transformar pesados documentos legales tradicionales en instrumentos de colaboración, innovación, planeación estratégica y valor social: el contrato debe ser tanto una carta de navegación como una oportunidad de planeación e innovación para obtener resultados óptimos en los negocios (Bernal, 2015, p. 130).

En concordancia con lo anterior, la doctrina jurídica brasilera actual ha propuesto un diálogo entre la función social y económica, y los elementos de la contratación proactiva, toda vez que se requiere un modelo tipo establecido por el ente regulador, lo que implicaría una limitación a la autonomía privada, pilar que debe adaptarse a una forma más real en la contratación por adhesión. Por ello, y adoptando este concepto de la contratación proactiva y con los estudios realizados por la CRC, se propuso simplificar este tipo de contrato de adhesión de telefonía móvil celular, añadiendo gráficas y cuadros para ayudar visualmente al elemento comprensivo en la mente del sujeto adherente o débil jurídico, mediante unos modelos de contrato único para la prestación de los servicios móviles (Comisión de Regulaciones de Colombia, Resolución 4625 de 2014).

Por su parte, Haappio *et al.* (2016) refieren que los contratos no se han mantenido al día con las cambiantes necesidades comerciales, con lo cual las innovaciones siguen siendo escasas, tanto en términos de sustancia como de diseño. Es por ello por lo que los contratos están diseñados con demasiada frecuencia para abogados que buscan proteger a sus clientes en caso de disputa, no para gerentes que desean sus negocios y proyectos para triunfar.

Dichos contratos rara vez satisfacen las necesidades de los negocios de hoy y las empresas pierden el beneficio de una importante herramienta de gestión. Es importante aprender a gestionar los riesgos a través de los contratos, pero esto es solo una parte de la imagen que no refleja las necesidades de información de los usuarios de contratos cotidianos. Algunos solo tratan sobre términos comerciales y técnicos en lugar de términos legales, por ello, durante décadas, las empresas y sus contratos han seguido caminos autorreforzados generados históricamente (Haappio et al., 2016).

Adicionalmente, Haapio *et al.* (2016) manifiestan que la ley no obliga a los contratos a ser tal como están, pero los viejos hábitos y las plantillas “probadas” sí lo hacen. Por consiguiente, se deben explorar las formas, porque las viejas prácticas pueden cambiarse y los contratos pueden desarrollarse para ser más utilizables y útiles para los negocios.

El objetivo de este tipo de propuestas es permitir que los contratos se utilicen como instrumentos de gestión, de forma proactiva y para que las partes logren los objetivos de su colaboración, equilibrando el riesgo con la recompensa y evitando problemas y disputas. Esta propuesta requiere la transformación de un paradigma legal clásico a uno nuevo. También requiere un contrato centrado en el usuario, diseño y colaboración entre gerentes y abogados, basándose en la investigación sobre utilidad y diseño de información.

En resumen, los criterios para los buenos contratos con los conocimientos de la ley proactiva y la ciencia del diseño sugieren un contrato que pueda reunir lo que es utilizable con lo que es sólido desde el punto de vista financiero y legal. La visualización es presentada como una

forma de acelerar un cambio de paradigma en el pensamiento contractual e implementar un nuevo enfoque.

A continuación, se abordarán los principios generales del derecho y el equilibrio contractual en los contratos de adhesión. Particularmente, el desarrollo doctrinal del principio de la buena fe exigida al predisponente en esta contratación caracterizada por asimetrías notables en el poder de negociación de las partes y las diferencias en el conocimiento de los productos y servicios o de las técnicas de contratación con consumidores B2C y entre empresarios B2b pyme.

2.6. Los principios generales del derecho y el equilibrio contractual en los contratos de adhesión

A lo largo de este análisis se ha venido planteando que en la contratación masificada por adhesión, el carácter normativo de los principios de derecho y especialmente la buena fe les son exigibles a las partes contractuales, porque su comportamiento debe estar conducido a la plena efectividad de las obligaciones que cada parte asumió. Por ello, la doctrina consider abusivas aquellas estipulaciones que pretendan excluir la responsabilidad o generar un beneficio injustificado para uno de los contratantes, cuando se busque incumplir una obligación esencial del contrato. Por lo tanto, se comparte con Llacer (citada por Fombuena et al., p. 14) que se debe buscar el reequilibrio en esta contratación caracterizada por asimetrías notables en el poder de negociación de las partes y por diferencias en el conocimiento de los productos y servicios o de las técnicas de contratación.

Asimismo, es posible sostener que el deber de buena fe y cooperación en los contratos confronta las tendencias de la competitividad y el desarrollo del mercado porque permiten a la parte predisponente (empresas productoras o distribuidoras) imponer condiciones de responsabilidad a la parte adherente o débil jurídico (usuario o consumidor) en la contratación por adhesión. Es así como se evidencia la necesidad de evitar el abuso y la asimetría negocial en las relaciones de consumo B2C y en la contratación entre empresarios B2b pyme, mediante la calificación de la validez de las cláusulas restrictivas y de limitación de la responsabilidad, agrupándolas bajo el criterio totalizador del orden público, los límites de las normas imperativas, las buenas costumbres, la moral y el principio de la buena fe.

2.6.1. La interpretación de los principios jurídicos como fuente de derecho en los contratos de adhesión

En el derecho privado la interpretación y prelación normativa acuden a resolver los vacíos normativos, por ello la doctrina y la jurisprudencia han adoptado los principios hermenéuticos esenciales para atenuar los efectos negativos de las cláusulas oscuras, ambiguas o leoninas contenidas en los contratos de adhesión de consumo masivo. Con respecto a la ineficacia de las cláusulas abusivas y su afectación a la eficacia del contrato puede advertirse un cambio de perspectiva en ese alcance interpretativo de los principios jurídicos romanos reconocidos como principios generales del derecho. Es en ese sentido, que Schötz (2013) apunta a la interpretación del operador jurídico porque puede otorgar principios como el *favor debilis* en favor del débil jurídico o parte adherente para restablecer el equilibrio contractual y evitar que el predisponente se beneficie con la ambigüedad.

Así, el desarrollo de la *interpretatio contra proferentem* ha evolucionado al concepto *in dubio pro adherente* (Vásquez, 2014), con el fin de evitar la asimetría de las cláusulas predisuestas en las relaciones contractuales de consumo masivo. Asimismo, el principio *contra stipulatorem* tiene su aplicación ante situaciones dudosas en las que el operador jurídico deba elegir entre dos soluciones, aquella que es menos gravosa sobre los derechos de la parte que ha revelado la existencia de la cláusula oscura o ambigua.

Ahora, en el contexto del comercio internacional, el principio *contra stipulatorem* es fundamental, pues incluso los Principios UNIDROIT lo expresan en el artículo 4.6: *Interpretación contra proferentem*. “Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte” (Schötz, 2013, p. 115).

No obstante, la evaluación de las cláusulas abusivas como nulas no siempre parece estar incluida como una manifestación hermenéutica del principio protector del débil jurídico. Por lo anterior, y partiendo del fin primordial del derecho mercantil internacional de regular las transacciones internacionales entre empresarios, son necesarias la armonización y unificación de los instrumentos legales internacionales para interpretar los contratos de adhesión.

Esto comporta una aproximación de conceptos realizables a través de instrumentos diversos, tales como la puesta en práctica de una ley modelo y su flexibilidad al facilitar la modificación del derecho interno de los Estados, y conferirles previsibilidad a las operaciones comerciales fronterizas. Al incrementarse el tráfico mercantil, encontramos que en los negocios y

los actos jurídicos internacionales celebrados entre particulares el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada se circunscribe a los principios del derecho mercantil, a los principios generales del derecho y a todos aquellos principios que son propios de la justicia o el derecho natural.

Todos estos principios están contenidos en la CISG, verbigracia, el principio de coherencia de los actos propios de los contratantes que se ven contenidos en el ejercicio de las libertades (contratar o no contratar, escoger con quien, seleccionar la figura, determinar el contenido, la realización, la terminación del contrato, etc.), atendiendo a la libertad ejercida en el ámbito del derecho privado como presupuesto del negocio jurídico sin olvidarnos del alcance de la constitucionalización del derecho privado bajo las actuales formas de contratación.

En ese orden de ideas, el presupuesto de unos operadores jurídicos capaces de aproximarse en su interpretación a la manifestación de la voluntad de las partes, de acuerdo con Ochoa (2009), deben hacerlo: “(...) bajo los principios generales del derecho y particularmente circunscritos al principio de solidaridad que, con el cambio de siglo se convirtió en la palabra clave del vocabulario sociológico y político”. Igualmente, los contratos se deben interpretar según su contexto frente a operaciones internacionales similares, convirtiendo este mecanismo en el más eficaz para alcanzar una verdadera armonía del comercio global.

En tal medida, “estos principios se proyectan como resultado de la libre voluntad de las partes, se vuelven recíprocos en su causa y se tornan adaptables en cuanto a su ámbito de aplicación” (León, 2019) como límite a la autonomía de la voluntad, y en línea semejante se conectan a la exigencia de la buena fe en las nuevas propuestas del solidarismo contractual (Bernal,

2007). Pero, para que haya prevalencia de estos principios al momento de obligarse en los múltiples contratos de adhesión, los sujetos contractuales en la necesidad de autorregular sus propios intereses deben prevenir la posible injerencia tutelar del ordenamiento sobre sus actividades con la consideración de la función social de la autonomía privada en todo Estado social de derecho.

Sin embargo, actualmente no es del todo cierto que bajo los cánones de los códigos de estirpe liberal en la contratación prevalezcan los principios de igualdad o de la autonomía de la voluntad para obligarse. Esto por cuanto en múltiples contratos uno de los contratantes le impone las condiciones al otro y en la mayoría de los casos se trata de contratos de adhesión. Por ello, se reclama con insistencia la aplicación de los principios de solidaridad y de equidad en la interpretación de los operadores jurídicos.

Así, el ordenamiento jurídico no puede quedar impávido ni estar a la retaguardia para restablecer los derechos de la parte débil en la relación jurídico-económica, porque los principios tradicionales de igualdad contractual y de autonomía de la voluntad, siendo anteriormente reglas de oro, actualmente parecen resultar la excepción. Podemos encontrar que los límites del derecho enmarcan transversalmente las actividades particulares y la autonomía negocial, privilegiando la injerencia del Estado a través de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Así, por ejemplo, Hinestrosa (2014) ha expresado el mérito de la autonomía privada como estructura del acto particular dispositivo y ha destacado al respecto la postura de algunos doctrinantes: “(...) el elemento constante en la teoría de los actos y de la actividad de los

particulares es en la iniciativa y no en la autonomía, puesto que en concreto puede faltar la autorregulación” (p. 2).

2.6.2. El principio de buena fe en los contratos de adhesión

Deontológicamente, la locución latina *bona fides* hace referencia a aquella intención con que obran o han de obrar las personas (RAE, 2020). Desde una perspectiva constitucional se reconoce a la buena fe como un principio general del derecho y un deber para las actuaciones de los particulares y por lo tanto de los contratos: “(...) aquella convicción de la verdad o exactitud de un hecho, o título de propiedad, y por ello, exige una conducta recta y honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso” (Constitución Política colombiana, art. 83). En cuanto al enfoque particular de este estudio, ese principio contractual debería primar en la redacción del clausulado en la contratación de consumo B2C y B2b pyme, al ser el predisponente quien ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra, se ejecuta y se cumple determinado contrato.

Además, desde la óptica iusprivativista de la Constitución colombiana se colige la buena fe en el ejercicio de las actividades económicas y de la libre competencia (Constitución Política colombiana, art. 333). Para Alarcón (2011, p. 23) es el actuar de una manera recta y honrada tanto en la etapa precontractual como en la contractual (arts. 1603 del CC, y 863 y 871 del C. de Co.).

Por ello, se reafirma la necesidad de mantener el enfoque diferenciado del sujeto adherente o parte débil en la institución jurídica de los contratos de adhesión, puesto que será al operador

jurídico a quien le compete valorar el supuesto abuso de una posición de dominio que resulte siendo aprovechada, por acción o por omisión, en detrimento del equilibrio económico de la contratación. Igualmente, para Neme (2006), la buena fe debe estar presente en todo el iter contractual desde las negociaciones que preceden la formación del contrato.

De hecho, la doctrina ha atribuido a la responsabilidad contractual el deber de actuar coherentemente. Para Bernal (2013), la buena fe determina el comportamiento de los sujetos contractuales –de obrar con cuidado y previsión, cumplir con aquello que han pactado–. Igualmente, este principio en la Constitución Política colombiana es un deber del predisponente que, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante, no puede abusar de los derechos, y del Estado de evitar o controlar “cualquier abuso de personas o empresas” (Constitución Política colombiana, arts. 83, 95 y 333).

2.6.2.1. *Características del principio de buena fe en los contratos de adhesión*

Doctrinariamente, el principio de buena fe en toda relación jurídica es entendido como el deber que ajusta el comportamiento de los sujetos a unas reglas y lineamientos para alcanzar los fines. Este principio se ha venido vinculando no solo a los sujetos contractuales, sino a la naturaleza y al objeto del contrato.

Al respecto hay dos vertientes: una, denominada buena fe subjetiva, que se refiere al estado mental de la persona cuando debe ejercer una obligación o un derecho. Otra, denominada buena fe objetiva, que alude de forma unitaria y orientada al análisis de la propia acción más que de la

intención. En este sentido, para Bernal, los principios generales del derecho deben permear los intereses de las partes que van a contratar, porque de ellos se derivan cargas que propugnan el respeto, la confianza, la buena fe y el deber de coherencia en los contratos (Bernal, 2008).

De acuerdo con el Código Civil español, los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7). Igualmente, en los códigos Civil y de Comercio colombianos se colige que las partes en materia negocial no solo tienen el deber específico de cumplir con las obligaciones que del contrato se derivan, sino que se les exige asumir un comportamiento transparente, diligente y acorde con la índole del negocio⁴⁸.

Cabe decir que, conforme con los postulados de eficiencia y racionalidad individual que propone el análisis económico del derecho, la institución tradicional del principio de buena fe se debe robustecer como norma de comportamiento en los escenarios contractuales (Monroy, 2010, p. 55). Así que, al valorarse jurídicamente este principio regulador, se tendrá a aquello que se entienda por razonable para cualquier persona de buena fe que se encuentre en situación idéntica, según los usos y las prácticas del comercio, o del ramo o actividad que exija un comportamiento que corresponda a las circunstancias.

Según lo expuesto, al considerar la buena fe como una formulación abstracta dependiente de la conducta de los sujetos contractuales, le permitirá al operador o agente jurídico valorar ese principio regulador, si tiene en cuenta en primer lugar la común intención de las partes o la llamada interpretación subjetiva, y en segundo lugar, aquella conducta que se entienda como razonable

⁴⁸ Código Civil colombiano, arts. 1495, 1502 y 1508. Código de Comercio, Título Primero.

para cualquier persona que se hallare en la misma situación, de acuerdo con los usos y las prácticas del comercio o del ramo o actividad que exija un comportamiento conforme con las circunstancias, la denominada buena fe objetiva.

Para mayor precisión, Neme se refiere a una distinción doctrinal más apropiada en la disputa surgida en Alemania en torno a 1870, entre Bruns y Wächter, sobre la “buena fe”, enmarcada en las fuentes romanistas. De acuerdo con Wächter, para diferenciar la buena fe subjetiva de la objetiva: “(...) la simple ignorancia de dañar el derecho ajeno y se consuma en una falsa creencia, determinada por cualquier error, sin tener en cuenta la excusabilidad o no del error, es una concepción que se denominará, después, subjetiva” (citado por Neme, 2009, p. 45). Para Bruns, la buena fe debe ser entendida como un comportamiento acreditado desde una visión ética que enfatiza la corrección y la honestidad ante un error excusable, “(...) designa la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el cual es necesario estrechar acuerdos y comportarse en el consorcio humano” (citado por Neme, 2009, p. 45).

En ese mismo sentido, la tradición recogida en el artículo 768 del Código Civil colombiano se refiere a la buena fe subjetiva, a la conciencia, la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho. Es un estado en el que se encuentra quien se halla convencido de que su conducta es acorde con la legalidad, calificado como psicológico y no volitivo (Neme, 2009, p. 46). Por su parte, por expresa previsión de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio colombianos, la buena fe objetiva es una obligación de conducta para la celebración y ejecución contractual, que compele a las partes a la honestidad, la rectitud, la lealtad y principalmente a la

consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado (Neme, 2009, pp. 49 y 50).

Sin embargo, se puede afirmar que aquellas disposiciones de naturaleza volitiva y por tanto negocial de los contratos de adhesión no dejan margen a la negociación individual del sujeto adherente o débil jurídico y requieren un alto contenido del principio general de buena fe por parte del sujeto predisponente, para evitar que en este negocio jurídico haya limitaciones a la libertad contractual y se desvirtúe la conmutatividad que todo contrato implica.

2.6.2.2. *El principio de buena fe en los contratos de adhesión entre empresarios B2B y B2b pymes*

La dinámica contractual de la contratación por adhesión ha permitido que el principio de buena fe cobre importancia en los instrumentos de reequilibrio que “(...) garantizan la capacidad efectiva de decidir con conocimiento de causa sobre la oportunidad de contratar y controlar la dinámica contractual, (ejecución, extinción en contratos de tracto sucesivo) y de evitar una intervención desmesurada del proveedor sobre los contenidos del contrato” (Llacer, citado por Fombuena et al., 2017, p. 14). Sobre este particular, Bigliuzzi (citada por Granados, 2012) sostiene:

(...) la doctrina italiana ha reconocido en el principio de la buena fe una solución ante la asimetría de poderes en el contrato de adhesión: es “irracional y contraria a la buena fe una limitación que penaliza a los profesionales, aun cuando contraten en la misma posición de debilidad de los consumidores”. (p. 32)

En ese mismo sentido, Oppo, citado por Granados (2012), ha planteado los siguientes interrogantes: ¿es válido excluir de esta tutela al empresario? ¿Se justifica excluir a la empresa débil respecto de la fuerte? ¿Es mejor trabajar con los elementos que da el respeto a la buena fe para tratar de superar lo que puede parecer una incoherencia? (p. 32). De igual manera, para Ruffolo y Alvisi (citados por Granados, 2012) es inaceptable discriminar la tutela entre consumidores y otros sujetos igualmente débiles, pero diferentes a la persona física o por ser profesionales de los sectores menores.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, reconociendo el principio de la buena fe en la voluntad contractual, rechaza por abusivas las estipulaciones vejatorias en los contratos de adhesión: aquella cláusula que “favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 02-2001, pág. 44). Por ello, para Neme (2006), la normativa colombiana protege al sujeto débil del contrato de consumo B2C estableciendo:

(...) el deber de información que garantiza una limitación de la libertad de estipulación, la renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede, la autorización anticipada para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario. (p. 79)

Seguidamente, se plantea la protección del sujeto adherente o débil jurídico en la contratación por adhesión mediante el control de las cláusulas abusivas y restrictivas de la

responsabilidad, la teoría del abuso del derecho desde el ejercicio de la libertad contractual y la buena fe de la parte predisponente aventajada por el poder negocial que le confiere la posibilidad de determinar el contenido del contrato.

3. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos de adhesión

Por su utilización masiva en los contratos de adhesión con clausulado predispuesto, se comparte el debate sobre por qué en este tipo de contratación el predisponente impone a la parte adherente la obligación de asumir los riesgos de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, desatendiendo el régimen general de las obligaciones y la normativa para proteger de una mejor manera al consumidor , usuario o empresario débil y, de una forma más amplia, a la parte contractual débil. En cuanto a esto, Gual sostiene que se deben establecer límites de validez a las cláusulas de limitación de responsabilidad en la contratación con consumidores B2C, y entre empresarios B2b pyme:

(...) estos últimos, como pequeños o medianos empresarios enfrentados a la gran empresa, también podrían ser como los consumidores y usuarios objeto de abusos, puesto que, en últimas, el gran empresario los trata como clientes, evidente en las cláusulas de pago de facturas a noventa o más días sin derecho a intereses o a indexación. De esta manera se lleva a la pyme a una delicada situación de liquidez. (Gual, 2015, p. 76)

Igualmente, Estigarribia (2006) propone:

(...) si bien hay libertad de las partes al contratar las condiciones por ellas deseadas, en las cadenas de producción, distribución y comercialización de consumo masivo, surge la obligación por parte del Estado de proteger a la parte adherente o débil jurídico; restringiendo esa libertad a través de la ley de la oferta y la demanda, e impidiendo las concentraciones económicas de las corporaciones que alteren gravemente las condiciones de una verdadera competencia. (p. 29)

Por ello, es necesario analizar cómo en los vínculos contractuales de los contratos de adhesión y de condiciones generales se infiere que la precitada estipulación negocial puede contener cláusulas ambiguas.

Al limitarse el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, se configura un ejercicio abusivo del derecho de contratar⁴⁹ de la parte predisponente sobre la contraparte adherente o débil jurídico, que se ve enfrentada a situaciones estructurales de desigualdad en un mercado globalizado. Y en los contratos entre empresarios B2b pyme encontramos que aquellas cláusulas que imponen los grupos económicos que tienen la posición de dominio contractual, deberían estar cobijadas por la protección de las normas del derecho común, de las cuales sobresale el artículo 1624 del Código Civil colombiano, de acuerdo con el cual: “(...) se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”.

⁴⁹ Laudo Arbitral en Derecho, proferido el 1.º de diciembre de 2006, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Scholls, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo, demandante: Concelular S.A. (en liquidación), demandado: Comunicación Celular S.A., Comcel S.A.: “La aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo contractual, específicamente al de la contratación masiva, ha dado lugar a la elaboración de la teoría de las cláusulas abusivas. [...] es precisamente esa desigualdad de las partes la situación que puede dar lugar al ejercicio abusivo del derecho de contratar y del poder de negociación ajeno a él, donde se centra la teoría del abuso del derecho en su modalidad de las cláusulas abusivas. Se trata de evitar el abuso de la parte fuerte en la determinación del contenido del contrato”.

Y las ambiguas que hayan sido redactadas por una de las partes se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad “provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. Igualmente, en la extensión de la aplicación de la teoría objetiva de las cláusulas abusivas que la jurisprudencia y la doctrina han adoptado a los contratos no negociados previamente en el ámbito mercantil, para evitar que se socave el equilibrio prestacional de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

3.1. *La teoría del abuso del derecho en el contrato de adhesión*

De acuerdo con la teoría general del contrato, su contenido no se podía dejar al mero arbitrio de una parte, sino al acuerdo expreso de las partes. Sin embargo, la comercialización y el consumo masivo de productos y servicios impusieron la necesidad de la contratación por adhesión integrada por condiciones generales.

Por ello, y lo hemos reiterado, es al Estado al que le corresponde mediante las normas imperativas y el orden público velar porque no se desvirtúen las cláusulas, que han de ser transparentes, sencillas, claras y evitar el abuso del derecho. Acerca de este último, Serna manifiesta que el antecedente de la institución del abuso del derecho se encuentra en el debate que la doctrina ha sostenido: entre atribuírselo al derecho romano o al derecho francés, y desde las concepciones subjetiva, objetiva y mixta (Serna, 2011).

Por un lado, al derecho romano del pretor que aplicó la doctrina de la relatividad de los derechos subjetivos, calificando la abusividad del acto si existía un obrar doloso o culposo en el sujeto que lo ejecutaba. Por otro, con la famosa jurisprudencia francesa de las sentencias del Colmar y Lyon (1904, 1945), se lo encara desde el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, propendiendo a una concepción más social del derecho. De modo que, la casuística francesa desarrolló ampliamente la óptica objetiva del abuso del derecho atendiendo a los excesos o violaciones de los fines de la norma jurídica, que adoptaría la doctrina francesa de los contratos al reconocer los derechos como productos sociales.

En ese sentido, Josserand (1999, citado por Posada, 2015) explica que los derechos dimanarían de la comunidad:

(...) están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada. (1999, pp. 3, 4)

Respecto del fundamento jurídico de la teoría de las cláusulas abusivas existen dos posiciones: la primera, que Rengifo la considera edificada sobre la teoría del abuso del derecho, entendido como ejercicio abusivo de la libertad contractual (Rengifo, 2004, pp. 190-191). Por ello, se infiere la asimetría contractual entre los sujetos que conforman los contratos de adhesión, por tanto, acarrea la posibilidad de que la parte predisponente estipule cláusulas a su favor, dejando a

la parte adherente o débil jurídico expuesta a situaciones de abuso que el ordenamiento jurídico debe sancionar.

La segunda posición se encuentra fundamentada en el principio de la buena fe contractual de las partes, inferida especialmente para el contratante que tiene la ventaja de redactar unilateralmente el contenido del contrato. Para Soto y Mosset (citados por Posada, 2015) es el deber de “(...) comportarse con lealtad, honestidad, probidad, diligencia y responsabilidad en todas las relaciones jurídicas que establezcan y durante todas las etapas del *iter contractus*” (Soto & Mosset, citados por Posada, 2015).

Sin embargo, ante los vacíos de la ley y la falta de sanciones expresas, se acude al control jurisdiccional con el propósito de definir ciertos criterios para una valoración de abusividad. Por ejemplo, si se identifica la contratación con consumidores B2C, a la parte fuerte como predisponente y a la parte débil como adherente, y si se encuentra que la función económica y social del contrato se ve alterada al establecerse un beneficio arbitrario a cambio de un perjuicio injustificado en el contenido de las cláusulas predispuestas, se presume la ausencia de la negociación previa y por ello, el ordenamiento jurídico puede considerarlas abusivas si cumplen con determinadas características formales y materiales.

Consecuentemente, para las relaciones contractuales por adhesión, en el ordenamiento jurídico colombiano se dispone en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011⁵² de una limitación taxativa a la inclusión de las cláusulas abusivas para proteger al consumidor como contratante

⁵² Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor. Artículo 42.

débil. Por ello, cuando el operador jurídico pretenda valorar una cláusula como abusiva, porque se infiere un desequilibrio significativo del contrato, deberá evaluar el supuesto de hecho relevante y agotar previamente su consagración y la sanción correspondiente. En ese sentido, sin contrariar o limitar el principio de la autonomía privada de los contratantes, Zapata *et al.* (2016) proponen la eliminación de la cláusula porque se supone pactada o discutida en la etapa precontractual y para acatar el principio de conservación de los negocios.

Ahora bien, se ha venido sosteniendo que en los contratos de adhesión el elemento contractual esencial del consentimiento de la parte adherente deviene en la limitación de la autonomía de la voluntad y que el contenido de cláusulas abusivas configura un supuesto abuso del derecho de contratar de la parte predisponente, manifestado en la vulneración del principio de buena fe y el desconocimiento de las normas de orden público.

Por ello, Conde califica los conceptos jurídicos del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas abusivas como una creación jurisprudencial para equilibrar la relación contractual (Conde, s.f.). Así, la teoría del abuso del derecho es adoptada como propia por nuestros altos tribunales, según Rengifo para adoptar normativa internacional a los actuales entornos sociales y políticos sobre la protección a los derechos fundamentales; específicamente, cuando se trata de la vulneración de un interés colectivo de personas determinadas (Rengifo, 2004).

Por otra parte, se comparte con Zapata *et al.* (2016) el concepto jurídico del abuso del derecho en la contratación por adhesión, que se puede concretar en dos tipos: el primero hace referencia al indebido uso de la autonomía privada, definida por la Corte Suprema de Justicia como

(...) el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo, para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011)

El segundo está referido al abuso de la posición dominante, que para estos eventos no se trata de la que se detenta en el mercado, sino la que se fija en el marco de la relación jurídica privada contractual por adhesión, que “(...) se manifiesta en la posibilidad que tiene una de las partes, debido a su mayor poder de negociación, de elaborar las condiciones generales del contrato, sin embargo, habrá un abuso de dicha posición cuando se incluyan cláusulas abusivas en un contrato” (Rodríguez, 2013, p. 33).

Vale precisar que, respecto de negocios jurídicos concluidos y desarrollados mediante la adhesión a condiciones generales de contratación, como –por norma general– sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás han situado en primer plano la necesidad de fijar su contenido, particularmente para “excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual” (Lukes, citado por De Castro y Bravo, 1985, p. 56).

Ahora, con respecto a la adhesión de los contratos de seguros, la Corte Suprema de Justicia colombiana, ha sostenido:

(...) lo abusivo o despótico de este tipo de cláusulas –que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo–, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones –de naturaleza volitiva y por tanto comercial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas por la entidad aseguradora, sin dejar espacio –por regla general- para su negociación individual. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011)

Asimismo, la posición dominante que posee el predisponente en la relación contractual por adhesión, puede ser calificada de abuso de la posición predisponente en el derecho comparado, como en el caso del Tribunal Supremo Español que manifiesta

“(...) dejar que el vendedor subordine el otorgamiento a exigencias unilaterales, es violar el artículo 1256 del C. Civil, pues no es su arbitrio el que debe decidir las y negarse al otorgamiento; comporta aprovecharse de su posición preponderante y en definitiva abuso vedado por el artículo 7 del C. Civil” (citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011).

3.2. *La interpretación de los contratos de adhesión en la doctrina y en la jurisprudencia*

Un aspecto fundamental por tener en cuenta es que el contrato al igual que la ley, fuente fundamental de las obligaciones, requiere interpretación. Para ello, León (2016) remite al operador jurídico a indagar la concreta voluntad e intención de los contratantes bien sea porque las palabras no son claras o precisas, porque son multívocas, o porque alguna de las partes le dé un sentido distinto del literal. De ahí que determinar cuál es el contenido obligacional es una tarea de interpretación (p. 92). Ahora bien, para Pothier, si una cláusula de un contrato permite diversos

sentidos se debe entender en aquel que produce un efecto, por ello refiere que existen diversas reglas o sistemas sobre la interpretación del contrato, entre las que destacan:

a) la objetiva, de la declaración o de la voluntad declarada, la cual supone que el consentimiento de las partes se forma a partir de lo declarado, b) la subjetiva, psicológica o teoría de la voluntad interna, conforme a la cual debe indagarse la verdadera intención de las partes y no solo interpretar la voluntad declarada o el sentido de las palabras, c) la interpretación integrante del consentimiento, que busca subsanar las omisiones en que incurren las partes en el clausulado del contrato. (Pothier, 1978, p. 604)

Por ende, y si se quiere conservar el precario equilibrio jurídico en las relaciones contractuales por adhesión, le corresponde al operador jurídico interpretar en sus justos términos la voluntad de las partes y no admitir las cláusulas predisponentes abusivas de acuerdo con el principio de la buena fe objetiva. A este respecto, Barceló se refiere al desequilibrio contractual citando la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, que en su reinterpretación judicial afirma: “(...) en donde no hay equilibrio aproximativo de fuerzas entre los contratantes, el derecho de contratos no puede de manera exclusiva y excluyente garantizar una equivalencia satisfactoria de intereses” (Mak, citado por Barceló, 2018, p. 238).

En cuanto a la interpretación de las cláusulas oscuras en el contrato de adhesión, se encuentra en el derecho comparado español y bajo la LGDCU, que se estipulan las condiciones generales de contratación y algunas garantías como la exigencia de claridad, sencillez y concreción en la redacción, y que las cláusulas oscuras se interpreten a favor de los consumidores. Además de no poder contener cláusulas abusivas (Enciclopedia Jurídica, 2019).

Por otro lado, y frente a la revisión del ámbito de eficacia de las cláusulas abusivas, hemos de referir aquellas que representan los intereses particulares pero que por violar el interés general y el orden público son consideradas ineficaces de pleno derecho. Por ello, una vez analizadas las categorías jurídicas de la nulidad absoluta y relativa del negocio jurídico en el derecho privado moderno, se comparte con Alarcón la necesidad de encontrar soluciones jurídicas eficaces y oportunas que se ajusten al tráfico jurídico del comercio⁵⁵. Parece evidente en ese sentido formular el siguiente interrogante con respecto al contrato de adhesión: ¿si todas las personas tienen el poder jurídico o la facultad de decidir si contratan o no, tal derecho no podría verse desfigurado o desnaturalizado hasta su eliminación, en la medida en que se pretenda imponer unas condiciones que reflejan desigualdad negocial y aprovechamiento por parte del contratante predisponente al adherente?

Ciertamente, de acuerdo con Múnera y Ramírez (2015), si se permite un análisis crítico a esa facultad del sujeto adherente potencial, reconocida por la jurisprudencia y en la doctrina como el “habiendo podido no hacerlo”, aquella acción no le permite apreciar que las condiciones de la negociación que pretende imponer el contratante o predisponente son inaceptables. Sin duda,

(...) este tipo de imposiciones debe constituir una ineficacia, en la esfera contractual porque afecta principios como la libertad de contratar, y se diferencia de la libertad de establecer el contenido,

⁵⁵ (...) “Es bien sabido que para el Código Civil la nulidad absoluta constituía la regla general como reacción frente a la “enfermedad” con la que había nacido el acto o contrato; vale decir que, salvo los casos de vicios de consentimiento e incapacidad relativa, que daban lugar a la nulidad relativa, toda otra irregularidad congénita, incluida como lo dice el artículo 1741 del Código Civil, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, era castigada con la sanción mayor: la nulidad absoluta (...)”. (Alarcón, 2012, p. 23).

que no es una condición esencial en la mencionada contratación masificada y no justifica, la eliminación de la fase de negociación de cualquier contrato. (2015, p. 128)

En resumen, se estaría afectando el principio de autonomía de la voluntad, al trasladar las características del abuso de la posición dominante y de su injerencia en la negociación en la contratación adhesiva:

(...) tampoco son contratos con las masas humanas, sino contratos de un mismo tipo contractual celebrados en serie con cada una de las personas que desean adquirir un bien o servicio. En este sistema contractual se utiliza cuantitativamente, un contrato típico o atípico, como puede ser una compraventa, un arrendamiento, un mutuo, etcétera. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de diciembre de 1970)

Para concluir, el principio de la libertad de contratar en los contratos de adhesión podría verse desfigurado o desnaturalizado hasta su eliminación, en la medida en que se trata de un mero acto de adherencia o dependencia por parte del contratante débil. Se aluden argumentos como el distinto poder de negociación, cierta vulnerabilidad por la falta de conocimiento o de recursos para el asesoramiento previo para imponer por parte del contratante predisponente unas condiciones que reflejan desigualdad negocial y aprovechamiento suyos.

Por ello, y para garantizar el derecho a la justicia del sujeto jurídico débil o contratante adherente en la contratación entre empresarios B2b pyme, no solo se requiere de la función tutelar del Estado, sino que se deben crear unas políticas públicas de capacitación de los operadores jurídicos sobre el enfoque diferenciado, la constitucionalización del derecho privado, los nuevos conceptos de orden público económico, el solidarismo contractual y la contratación proactiva.

Capítulo III

El débil jurídico en la relación convencional en Colombia

1. Introducción

En este capítulo se abordarán las condiciones de asimetría negocial que se infieren en la modalidad de contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme, suscrita entre el sujeto jurídico débil o contratante adherente (en adelante, las pymes⁵⁶ colombianas) y el sujeto predisponente que ostenta la posición de dominio en los canales de suministro, distribución, producción y comercialización: denominadas G.S. o hipermercados⁵⁷. De acuerdo con Gual (2016), el contrato de adhesión B2b contiene una relación asimétrica, dado que las pymes como sujetos jurídicos no consumidores, no gozan del régimen de protección especial establecido para la contratación con consumidores B2C acotada en el capítulo anterior, sino que quedaron sometidas a las normas de carácter general. Sin embargo, existen mecanismos de prevención como

⁵⁶ Decreto 957 del 2019. Capítulo 13. Criterios de clasificación de las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas por UVT. Ley 905 de 2004. Artículo 2. Criterios de clasificación por número de trabajadores e ingresos en SMMLV.

⁵⁷ Todo establecimiento de comercio dedicado a la venta, bajo la modalidad de autoservicio, de diferentes bienes de consumo entre los cuales se encuentran los habitualmente los vendidos en supermercados y otros tales como bazar, papelería, motor, electrónica de consumo, audio y video, electrodomésticos y juguetes en áreas superiores a los 2500 metros cuadrados.

el modelo de las cláusulas abusivas⁵⁸, inspirado en el principio de buena fe contractual que ha sido adoptado por varios países en América Latina, especialmente para los contratos de franquicia B2B.

Para ello, es importante señalar que el objeto de estudio radica en analizar las principales características del contrato de adhesión, delimitando en primer lugar a los sujetos contractuales: por un lado, el sujeto jurídico débil, constituido por una o varias personas naturales o jurídicas con el tamaño de las pymes colombianas; por otro, el sujeto jurídico predisponente, que tiene la posición dominante en el marco de la relación jurídico-privada, constituido por empresas con un formato comercial de gran tamaño en superficies de más de 2.500 metros cuadrados del sector de ventas al detal, denominado las GS o hipermercados. En segundo lugar, se desarrollan ampliamente las prácticas comerciales de las GS en este negocio jurídico y se plantea que, si bien, en Colombia se reconocen los planteamientos fundamentales de los lineamientos de un Estado liberal y social de derecho, se advierte la ausencia de una jurisdicción mercantil especializada y gratuita que permita a las pymes –que son la parte débil en la contratación por adhesión B2b pyme–, sentirse amparadas ante una posible violación de los derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad.

A continuación, se detallan los antecedentes y el estado actual del contrato de adhesión B2b pyme en Colombia, cuya normativa fijó algunos límites a la parte que predispone el contenido del contrato y tutela de manera parcial a la contraparte que se encuentra en condiciones de

⁵⁸ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

desigualdad. Con ese propósito, se desarrollan de manera general y básica los conceptos del sujeto jurídico débil, las cláusulas abusivas y el principio de buena fe en este tipo de contratación.

2. Antecedentes del contrato de adhesión en Colombia

Inicialmente, encontramos que la normativa colombiana, sin hacer alusión directa a la contratación de consumo masivo, expidió algunas de las normas sobre protección al consumidor con el Decreto 3466 de 1982, relativas a la idoneidad, la calidad y las garantías de los productos, y estableció la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y dispuso las competencias de la autoridad administrativa. Asimismo, la Constitución de 1991, desde la posible proyección y fuerza jurídica de los derechos fundamentales en el ámbito privado y, particularmente, en la autonomía contractual, dispuso los deberes de los productores y comercializadores; entre otros: el deber de información y el control de calidad de los bienes y servicios en los contratos con corte individualista conocidos como contratos de adhesión (art. 78), y la presunción de buena fe en las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas (art. 83).

Por otro lado, en la normativa codificada colombiana encontramos algunos antecedentes de la tutela al sujeto jurídico débil o contratante adherente en la manifestación hermenéutica que hace la doctrina de algunos artículos: las garantías tradicionales como la de los vicios ocultos del artículo 934 del Código de Comercio, que conferían una cierta protección al comprador; en las estipulaciones del contrato de transporte (art. 981 subrogado por el art. 1 del Decreto

Extraordinario 01 de 1990, y del contrato de seguros en el cual se determinan las condiciones fijas en el artículo 1036 (subrogado por el artículo 1.º de la Ley 389 de 1997).

En ese orden de ideas, y a la luz de la regulación financiera, el antecedente de los contenidos de las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión lo encontramos en el Decreto 663 de 1993 (EOSF), que establece en su artículo 184 (del contrato de seguros) algunos requisitos de obligatorio cumplimiento en las pólizas expedidas por las compañías aseguradoras, como el deber de redactar el clausulado de forma fácil y comprensible para el asegurado con caracteres legibles y de fácil lectura, entre otros.

De hecho, el derecho administrativo analiza parcialmente este tipo de contratos con base en la normativa especial de los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994), cuando se refiere al contrato uniforme y consensual con un clausulado impuesto en bloque por el predisponente sin posibilidades de negociación entre la empresa y sus posibles usuarios. Sin embargo, el derecho público es consecuente con la protección al consumidor, al estipular el deber de información (art. 131) e introducir por primera vez en la legislación colombiana la presunción del abuso de la posición dominante por parte de la empresa de servicios públicos domiciliarios (art. 133).

Quince años después, la normativa especial es la que se ocupa de una primera noción del contrato de adhesión, con la Ley 1328 de 2009, bajo el Régimen de Protección al Consumidor Financiero (art. 2), así: “(...) son elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas

cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad (...)

En el modelo de contrato por adhesión consagrado por esta Ley de Protección al Consumidor Financiero se identifican aspectos como los sujetos jurídicos contractuales: el adherente o débil jurídico llamado consumidor financiero, y el predisponente o empresario; el principio rector de la libertad de elección (art. 3), y se configura la prohibición de utilización de cláusulas y prácticas abusivas (art. 11). Lo cual nos permite inferir que la definición de este tipo de contratos y la protección a la parte débil contractual (llamada consumidor o usuario) estaban restringidas para los sectores financiero, bancario, asegurador y del mercado de valores. Se aclara que, atendiendo el orden cronológico que hemos venido desarrollando, encontramos disposiciones en favor de la protección a los usuarios de la contratación masiva de las comunicaciones, bajo la Resolución 3066 de 2011 dictada por la CRC o Régimen de Protección a los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

Otro aspecto por tener en cuenta es la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor que, en Colombia, estipula una regla general de protección al consumidor, la cual otorga herramientas contra los abusos de productores, distribuidores y comercializadores, y desarrolla varios conceptos, entre otros, la definición del contrato de adhesión (art. 5, numeral 4), así: “(...) aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas (...)”. Asimismo, en su artículo 34 se consagra la interpretación más favorable al consumidor de las condiciones generales de los contratos.

3. La jurisprudencia y la constitucionalización del derecho privado en los contratos de adhesión en Colombia

Atendiendo las nuevas propuestas de la constitucionalización del derecho privado y el desarrollo hermenéutico de los principios generales del derecho en la jurisprudencia nacional, encontramos que en el negocio jurídico por adhesión las partes involucradas, al perseguir intereses encontrados, pueden tener conflictos que el derecho está llamado a resolver, no sólo desde el ámbito de las normas y los códigos, sino aplicando el verdadero espíritu de la ley. Por ello, las honorables cortes colombianas, especialmente la Constitucional, en su jurisprudencia enmarcan la posible proyección y fuerza jurídica de los derechos fundamentales en la autonomía contractual. Igualmente, se destacan las limitaciones a la autonomía negocial y la eficacia horizontal de las relaciones particulares entre sí o terceros en los contratos de adhesión tipo, como el de transporte, mutuo, transacción, bancario, seguros, servicios y de medicina prepagada (Arévalo, 2006).

En concordancia con lo anterior, en la presente investigación incluimos la jurisprudencia, la legislación y la doctrina que han propuesto diversos conceptos de cláusula abusiva. Así, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha precisado que: (i) no ha sido negociada de manera individual; (ii) violenta la buena fe negocial; y (iii) genera un desequilibrio relevante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato (Corte Suprema de Justicia, exp. 5670, citada por Rodríguez, 2013, p. 49). Igualmente, ha planteado otras consideraciones con respecto al alcance interpretativo a la estipulación por otro de los artículos 1506 y 1507 del Código Civil, cuando se

refiere a las estipulaciones fijas de los contratos de adhesión tipo, en el contrato de transporte y en los contratos que propone la administración pública en las licitaciones, concesiones de minas, etc.:

(...) en el contrato por adhesión, como su nombre lo indica, las estipulaciones no son el resultado de la deliberación de las partes, sino que una de ellas, que lo es generalmente una empresa de servicios públicos, señala en forma unilateral las condiciones en que debe prestarlos y quien los utiliza acepta aquellas. (Corte Suprema de Justicia, exp. 5670, citada por Rodríguez, 2013, p. 49)

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, al referirse al contrato de seguro de transporte ante la necesidad de agilizar de manera eficaz las negociaciones en masa, advierte sobre la inflexibilidad de las cláusulas de este tipo de contratos, que no debe permitir al predisponente imponer al adherente cargas, riesgos y obligaciones a fin de maximizar sus beneficios, sin que medie el control de la autoridad administrativa:

(...) surgió el contrato de adhesión caracterizado porque el empresario predisponente somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación (Corte Suprema de Justicia, exp. 5670, citada por Rodríguez, 2013, p. 49).

También, se reitera la obligación para el contrato de seguro de respetar la constitucionalización del derecho y el principio *pacta sunt servanda*, en la delimitación de la relación contractual, la forma constitucional de verificación del contenido dispositivo de las partes; por consiguiente, surgen como obligaciones para las partes al momento de expresar sus voluntades y consentir el negocio jurídico. Aunque hay que aclarar que el clausulado del contrato puede ser

de diversa índole, siempre y cuando no desconozca las normas imperativas que se rigen por los principios de la normatividad, buena fe y el mandato de la debida diligencia.

En esa misma línea, destaca la necesidad de encontrar la simetría de la función social y económica del contrato con el principio *pro consumidores* en la interpretación de la cláusula definitoria del riesgo asegurado, que si bien es predisposta por la parte fuerte, puede ser ambigua o simplemente descriptiva:

(...) más como ese texto no se discute libremente, sino que se predispone por la parte fuerte de dicha relación, esa imposición sólo ha de vislumbrarse a la luz del carácter específico que deviene de la función del contrato en lo que toca la voluntad del adherente (Corte Suprema de Justicia, exp. 5670, citada por Rodríguez, 2013).

Ahora bien, con respecto a la necesidad de una interpretación restrictiva de las cláusulas predisuestas y en armonía con el espíritu general de la buena fe que no puede ir en contra del sentir de los contratantes en el contrato de seguro se admite estilar cláusulas preestablecidas por uno de los contratantes sin que de ello se deduzca una disminución en la capacidad de aceptación del otro. (Corte Suprema de Justicia, exp. 5670, citada por Rodríguez, 2013)

Evidentemente, la honorable Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones reitera la obligación de incorporar la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho al clausulado de este negocio jurídico, por ser fuente indirecta y formal del fenómeno constitucionalizado del derecho:

(...) a ella se debe incorporar la jurisprudencia como norma vigente al tiempo de celebración del contrato de seguro y, por lo mismo, su extensión omitida por la parte que confecciona el contrato hace operante el principio *-pro consumatore-*, para adicionar en favor del asegurado y beneficiario tales formas interpretativas. (Corte Suprema de Justicia, exp. 5670, citada por Rodríguez, 2013)

Se puede así constatar la estrecha relación entre la constitucionalidad y la contratación en el derecho privado, al advertirse en el artículo 83 el postulado de la buena fe en las actuaciones y gestiones de los particulares y entidades públicas, y en el artículo 95 el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, que a través de expresión hermenéutica llevan a la prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión porque significan una vulneración del principio de la buena fe.

Por otra parte, llama la atención el criterio de algunos autores que proponen otro enfoque, al considerar que las prohibiciones del abuso del derecho en los contratos de adhesión llamados de consumo no permiten necesariamente una condición de superioridad al predisponente (productor, distribuidor, comercializador), sobre el adherente (consumidor, usuario).

Evidentemente, en las condiciones legales para el perfeccionamiento en la contratación con consumidores B2C, el elemento esencial del consentimiento del adherente se cumple, porque es quien lo acoge o no mediante su firma. Asimismo, porque goza de la protección especial concedida por el Estatuto del Consumidor con el contenido de las cláusulas abusivas, neutralizado por los intereses generales que son de la comunidad, los principios de transparencia y de información, o la aplicación de la cláusula de garantía ante situaciones particulares como los daños o defectos, que contempla entre otros, el cambio o reparación del producto. Sin embargo, cuando en la contratación moderna por adhesión no se trate de contratación con consumidores B2C, sino entre

empresarios B2b pyme, estamos de acuerdo con Muñoz (2010) en que la facultad de predisponer unilateralmente los contenidos negociales no es en sí misma censurable, por cuanto el derecho a la autonomía de la voluntad privada, como cualquier otro derecho, puede ejercerse de forma abusiva (p. 226).

A continuación, se hace referencia a esta predisposición unilateral de las prácticas comerciales en la contratación B2b pyme por parte de las GS o hipermercados, en la cual se alude a las pymes colombianas como sujeto adherente y débil jurídico de la relación contractual, que se encuentra subordinado a una situación de asimetría negocial.

4. Características generales del contrato de adhesión por consignación en Colombia

La Real Academia de la Lengua define la consignación como la acción de entregar las cosas al cuidado de un agente o comisionista. En Colombia este negocio jurídico es denominado también estimatorio y es por naturaleza comercial, se encuentra regulado por el artículo 1377 del Código de Comercio, según el cual, una empresa denominada consignante entrega a otra denominada consignatario, a título de mero tenedor, las mercancías para que esta última las comercialice, por lo que habrá obligaciones y derechos para cada una de las partes que lo suscriben.

Contrato de consignación en el derecho civil colombiano

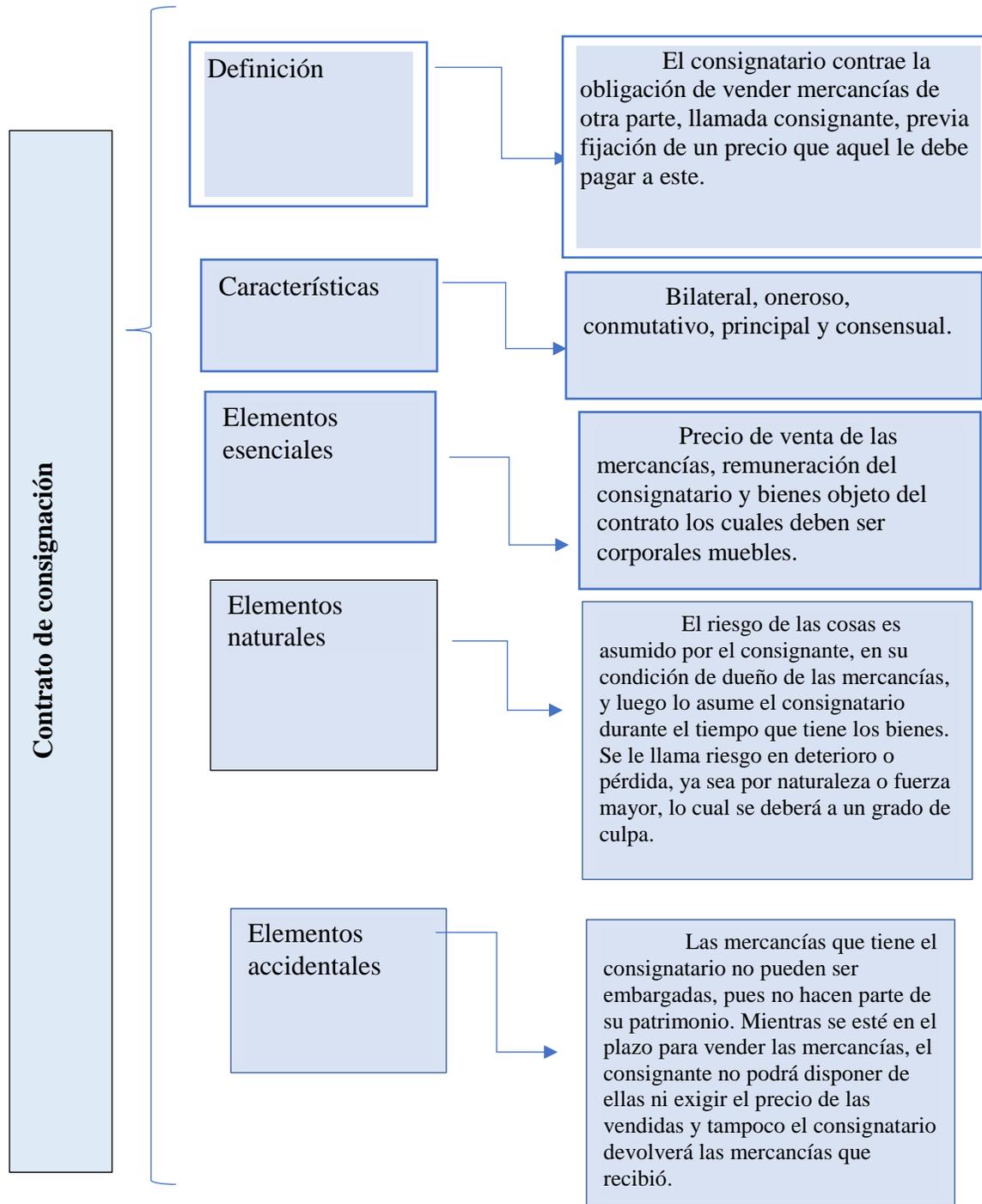


Figura 2. Contrato de consignación. Fuente: elaboración propia.

4.1. Antecedentes contractuales y económicos de las GS o hipermercados en Colombia

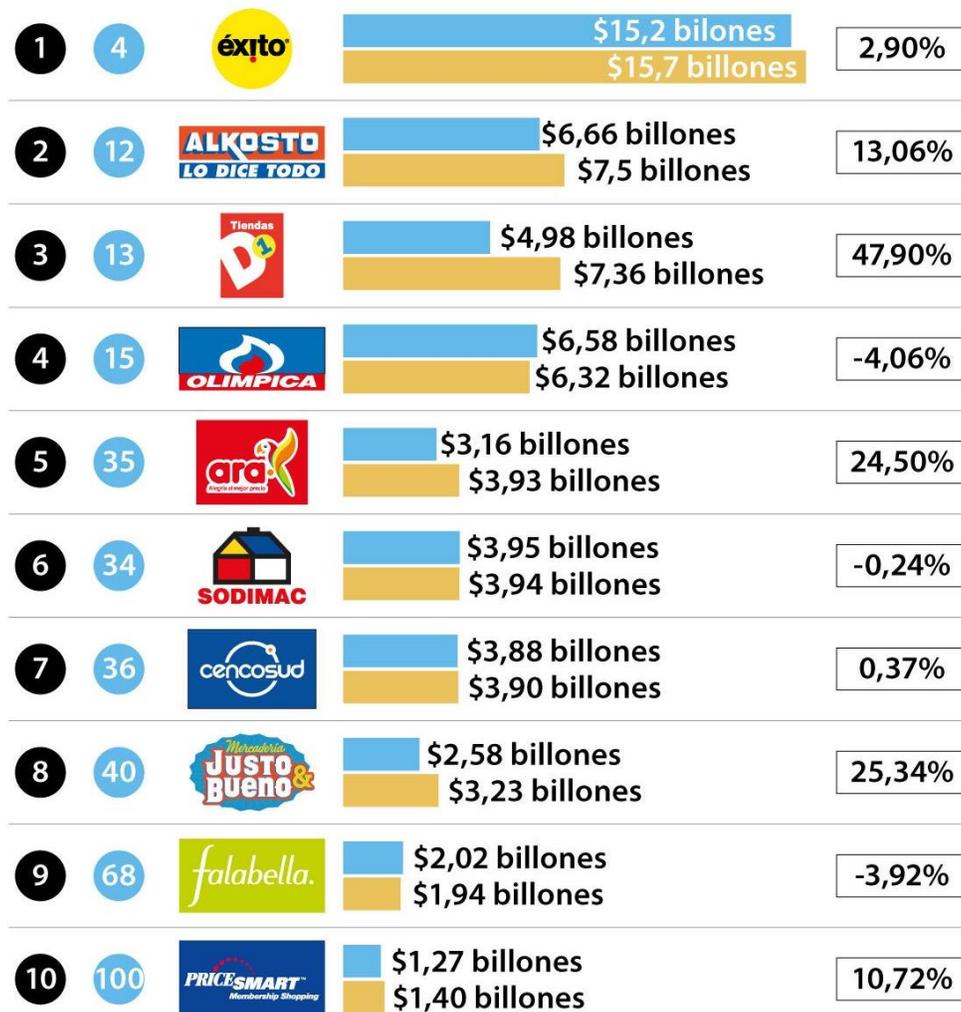
La economía colombiana comenzó a integrarse en la globalización de la economía mundial hacia finales de los años 80, debido a los nuevos hábitos de consumo de la población y al ingreso y consolidación de las denominadas GS o hipermercados y almacenes de cadena que compiten con las tiendas de barrio y plazas de mercado. La mayor participación en este mercado estuvo representada entre el 2000 y el 2006 por el Grupo Empresarial Éxito (Amézquita & Patiño (2011), manteniendo su liderazgo hasta en los años 2020 (Figura 3) y 2021 (Figura 4), a pesar de la pandemia del COVID-19.

Figura 3

Mapa del sector minorista colombiano en 2020

INGRESOS OPERACIONALES CONSOLIDADOS

● Ranking ● Ranking 1.000 empresas ■ 2019 ■ 2020 □ Variación



Estas 10 compañías sumaron ingresos operacionales por
\$50,3 billones

Fuente: Superintendencia de Sociedades y La República: <https://www.larepublica.co/empresas/tiendas-de-descuento-fueron-las-que-mas-crecieron-en-ventas-durante-el-ano-pasado-3198835>

De acuerdo con Amézquita y Patiño (2011), la relación económica en Colombia entre las GS o hipermercados y sus proveedores está definida jurídicamente como un vínculo de naturaleza comercial, (numeral 1 del art. 20 del Código de Comercio). Por lo que, dependiendo del tipo de obligación que se establezca, las GS o hipermercados utilizan contratos proforma de compraventa, suministro, consignación y de comisión.

Figura 4

Mapa del sector minorista colombiano en el 2021



Figura 5. Mapa del sector minorista colombiano en el 2021. Fuente: www.mallyretail.com/actualidad/mall-y-retail-boletin-376-noticia-1

Teniendo en cuenta las figuras del sector minorista en Colombia, analizadas desde el año 2000 al 2021, la Cadena Éxito sigue liderando el mercado, a pesar de la participación de nuevos actores extranjeros como ARA de Portugal y D1 de Panamá.

En ese sentido, este análisis se ocupa de los efectos que han tenido las GS en Colombia, destacando principalmente al conglomerado multinacional conocido como Grupo Éxito, que es un hipermercado dueño de las marcas Éxito, Éxito Wow. Esta empresa inició sus actividades con el formato de supermercados Carulla en 1905 y desde 1999 cambió su estructura accionaria al ser adquirida la mayoría de las acciones de Almacenes Éxito por el grupo francés Casino (Grupo Éxito, s.f.). También se analiza la GS Carrefour, que ocupaba el segundo lugar en importancia entre los años 2010 a 2014, pero tras ser adquirida por el grupo chileno Cencosud Jumbo, se observa desplazada al sexto lugar durante el 2021. Esta empresa chilena fue fundada en 1976 y se abrió a bolsa en el 2004, constituyéndose en uno de los conglomerados multimarca y multiformato más grandes de Latinoamérica, con presencia en Chile, Brasil, Argentina, Perú y Colombia (Cencosud, s.f.).

Cabe anotar que, durante el 2021, la economía mundial y especialmente el sector minorista colombiano estuvieron fuertemente impactados por la pandemia del COVID-19, las medidas restrictivas de la circulación y las graves alteraciones del orden público. Continuando con el análisis de Cañón y Correa (2014)⁵⁹, en Colombia las GS o hipermercados representan el 76.4 % del total de ventas de bienes de consumo, lo que las configura como un canal de distribución representativo, un motor de crecimiento empresarial y de empleo a nivel nacional. Debido a esto, las empresas han encontrado en esta plataforma el mercado que las acerca al consumidor final, las

⁵⁹ El sector minorista colombiano está conformado por aproximadamente 80.000 empresas. De este número se encuentran algunas a las que se les otorga el título de gran superficie y dentro de ellas se incluyen los grandes almacenes, supermercados, hipermercados, G.S. comerciales, tiendas por departamentos y tiendas de bodega (Cañón & Correa, 2014).

mejora en cuanto a participación y les significa fortalecimiento de marca, ingresos y márgenes de utilidad. No obstante, dependiendo de la negociación, el resultado puede ir en contravía de los intereses de los proveedores (Cañón & Correa, 2014).

De igual manera, Amézquita y Patiño (2011) develan cómo la dinamización del modelo de negocio de las GS o hipermercados supuso la progresiva eliminación de participantes tradicionales (muchos de ellos pymes), que eran incapaces de competir con las economías de escala y el ámbito económico que este supone. Asimismo, refieren que la dinámica del sector del comercio al por menor de las (GS) sugiere la existencia de una lógica particular en la conducta de negociación con los proveedores, porque involucra conocimientos especializados, logística y un alto nivel de concentración en el mercado, debido a procesos de integración empresarial.

Pues bien, en un contexto de defensa de la competencia y desde el punto de vista económico, las prácticas comerciales de las GS en la contratación de proveedores están suscritas a la jurisprudencia, que precisa cuáles prácticas constituyen la realización de conductas anticompetitivas en la relación entre proveedores y distribuidores (Amézquita & Patiño, 2011) . En vista del grado de discrecionalidad y la potestad para configurar los elementos jurídicos, Bahamón (2013) se refiere a la posibilidad de darle una conceptualización jurídica particular a la relación entre las partes, por cuanto existen diversas modalidades de contratación que representan parámetros generales de la relación jurídica más compleja que puede existir entre las G.S. y proveedores.

4.2. Las prácticas comerciales de las GS o hipermercados en Colombia

Como se ha insistido en el capítulo anterior, la comercialización de mercancías y servicios en masa impuso el negocio jurídico por adhesión, lo que cambió por completo el equilibrio contractual y con ello la necesidad de reconocer las partes contractuales débiles y la obligación de crear mecanismos para contrarrestar esos desequilibrios (Rodríguez, 2020). El análisis jurídico del que se ocupa este apartado se refiere a las prácticas comerciales que pueden resultar restrictivas y a los posibles abusos de posición dominante que se presumen en la contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme, de las GS o hipermercados con las pymes colombianas, que como proveedores quedan subordinadas a una asimetría contractual.

En este mercado se evidencia la existencia de los contratos verticales (Bahamón, 2013, p. 98) que pueden resultar todo un reto para la autoridad encargada de vigilar la competencia. Para ello, se debe tener en cuenta que el sector del retail está conformado por dos niveles: distribución y compra o contratación con proveedores. Mientras en el primero los hipermercados ofrecen una canasta de bienes y servicios a los consumidores finales, en el segundo los hipermercados compran los bienes a las manufacturas (proveedores) (Mazzarotto, citado por Amézquita & Patiño, 2011).

Sin embargo, en el análisis de competencia en las relaciones verticales del mercado, y de acuerdo con Bahamón (2013, pp. 103-104) las GS o hipermercados ejercen su poder negociador sustentados en su posición dominante, de manera que generan negociaciones cuyo resultado es ineficiente. En efecto, estas podrían terminar por apropiarse de una mayor parte de las ganancias

generadas por el intercambio, utilizando la imposición de prácticas restrictivas verticales a sus proveedores y abusos de posición dominante como instrumento. Estas conductas pueden ser:

- a) La precisión por parte del sector específico de las condiciones de intercambio.
- b) Modificación de condiciones unilaterales a sus proveedores.
- c) Imposición de condiciones de acceso a proveedores, así como de obligaciones adicionales que no constituyen el objeto del negocio por su naturaleza.
- d) Acuerdos verticales de precios, con el propósito de mantener o incrementar sus márgenes comerciales.

Igualmente, Amézquita y Patiño (2011) sostienen que hay comportamientos como la discriminación injustificada de condiciones de contratación en la distribución de bienes y servicios, que pueden ser restrictivas de la competencia. Específicamente, en casos donde los retail no solo negocian las condiciones, sino que obtienen beneficios de ellos, en el sentido de que privilegian a unos proveedores frente a otros en condiciones que pueden ser desiguales. En Colombia, la autoridad encargada de investigar este tipo de conductas anticompetitivas es la SIC, a través de la Delegatura de la Competencia (Amézquita & Patiño, 2011).

Las conductas más comunes son:

- a) Imitar la producción, el abastecimiento, la distribución o el consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, así como la realización de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos
- b) Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello se pueda entender como retaliación a su política de precios.
- c) Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que no constituían el objeto del negocio.
- d) Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Ahora bien, se sostiene en este análisis que en la contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme, las GS gozan de una posición dominante que les permite predisponer las condiciones contractuales, Yáñez (2012, p. 86) sostiene que, quizá no de una manera desproporcionada, debido a que tienen competidores, pero sí lo pueden hacer en cierta medida. Por ejemplo, compiten con los proveedores comercializando productos con su marca denominada “blanca” o “1”, lo que representa un conflicto de intereses, específicamente un riesgo moral, por cuanto las GS podrían tomar ventaja en detrimento de los intereses de aquellos. De tal manera que este tipo de prácticas comerciales para Cañón y Correa (2014) pueden ser contraproducentes sobre el desempeño de las pymes y pueden ir en contravía de la libre competencia económica y los efectos adversos en el ciclo de conversión de efectivo (CCE).

Si bien la decisión de negociar de las pymes colombianas con las GS es libre y espontánea, pues nadie obliga a nadie a contratar, se considera que al ser el sujeto adherente en la contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme, existe una subordinación a una situación de asimetría negocial. Por ello, se comparte con Neme (2018) la recomendación por el respeto al principio de buena fe en este tipo de contratación, porque, aunque la autonomía contractual posibilita el otorgamiento de facultades de ejercicio unilateral por uno de los contratantes, ello no constituye *per se*, una transgresión a ese principio. Así las cosas, se reitera que el contrato proforma utilizado por las GS predispone condiciones de contratación en la distribución de bienes y servicios, que pueden ser restrictivas de la competencia en casos en que no solo negocian las condiciones, sino que tienen beneficios de ellas en el sentido de que privilegian a unos proveedores frente a otros en condiciones que pueden ser desiguales.

Sin embargo, en la práctica comercial se puede constatar que las GS, ante posibles investigaciones por la Delegatura de la SIC, pueden presentar garantías de no incurrir en conductas anticompetitivas como, por ejemplo, un Manual de Proveedores, y la adhesión al “Acuerdo Unificado sobre Buenas Prácticas Industriales, Comerciales y Defensa del Consumidor”, de la ANDI, FENALCO y ACOPI. Igualmente, se considera que al no existir en Colombia el acceso a una justicia comercial especializada y gratuita para las pymes colombianas, estas se encuentran subordinadas a otra situación de asimetría negocial, en el sentido de que en los contratos proforma utilizados por las GS en la contratación por adhesión entre empresarios B2b pyme, se incluye el pacto arbitral o cláusula compromisoria para dar solución a las posibles controversias mediante los métodos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje y la conciliación.

Pero, es bien sabido, que acceder a la justicia heterocompositiva implica para las pymes colombianas unos estipendios considerables que generalmente terminan por comprometer los capitales de trabajo y con ello, agravar las condiciones de asimetría negocial y contractual frente a las GS, hablando en términos económicos.

4.3. El contrato de adhesión por consignación entre las pymes colombianas y las G.S.

Una vez determinado el concepto de GS y descritas las prácticas comerciales con sus proveedores, se analiza el contrato de adhesión por consignación entre una pyme colombiana y una GS, tomando como modelo la forma predispuesta que se encuentra en el anexo. Para ello, se elaboró la caracterización identificando, en primer lugar, los sujetos contractuales seleccionados, guardando la privacidad de las partes: por un lado, una pyme colombiana proveedora, y por otro, una GS con una gran posición en el mercado. En segundo lugar, y tras el análisis pertinente realizado al contrato de adhesión por consignación, se puede presumir que, ante la proforma suministrada por la GS a la pyme colombiana, no se le admite discusión alguna sobre el clausulado y se predispone, como ya se ha referido, entre otros, la cláusula compromisoria, limitando el consentimiento del adherente solo a la firma, si es que se quiere contratar. Por ello, existe para la pyme colombiana una situación de asimetría negocial y contractual desde la negociación, toda vez que en esta contratación se incluyen ciertas prácticas que deben ser consideradas restrictivas de la competencia con los proveedores.

A continuación, se detallan las características generales del contrato de adhesión por consignación y su aplicación en la contratación entre una pyme colombiana y una GS. En términos generales, en la contratación de adhesión por consignación, el consignatario es una empresa con un gran conocimiento del mercado y de los aspectos del negocio minorista en el país, que impone el tipo de contrato por suscribir de manera general para todos sus consignantes o proveedores, utilizando de manera general una forma predispuesta con las condiciones y prácticas comerciales empleadas por este tipo de empresas, en la medida que, como predisponente, el consignatario actúa como la parte fuerte porque tiene mayor o mejor acceso a la información del negocio y cuenta con un poder económico superior sobre la parte débil (el consignante proveedor o adherente).

Aunque el mercado globalizado genera una dinámica en la contratación por adhesión que no permite la negociación particular del clausulado, por los costos asociados y el manejo de la información confidencial, tal como lo señala Coloma: “(...) admite explicaciones basadas en el incremento de la eficiencia y en el ejercicio del poder de mercado, es decir que también admite motivaciones vinculadas con la apropiación de rentas monopólicas” (citado por Bahamón, 2013, p. 101). Por ello, en la práctica comercial moderna cuando se está ante un contrato entre empresarios B2b pyme, se considera una relación vertical entre proveedores y clientes.

De esta manera, las pymes quedan subordinadas a las condiciones de asimetría negocial predispuesta por las GS, en el sentido de que, si se tienen en cuenta los principios contractuales del derecho contractual tradicional, para que una pyme colombiana pueda participar como contratante adherente, debe ceder parte de su derecho a la autonomía contractual y con ello, limitar su libertad de contratar. Habida cuenta de que, en este tipo de contratos, y de acuerdo con Bahamón

(2013), es la GS la que especifica precios lineales, es decir, que varían proporcionalmente con las cantidades compradas, y bajo ciertas circunstancias pueden incluir descuentos, recargos, etc.

De acuerdo con Morales (2020), ante las formas predispuestas que la pyme vaya a firmar, le es imposible presentar alguna objeción o proponer un comportamiento de negociación diferente, que permita la posibilidad de corregir la falla del mercado o negociar el clausulado predispuesto, que puede contener cláusulas que al no poder ser negociadas previamente y deban ser firmadas en bloque, implican un posible abuso del poder de negociación y de asimetría de la información con los costos de la transacción. De ahí que se comparta con Cañón y Correa (2014) la importancia de advertir a las empresas sobre la posibilidad de evaluar previamente los beneficios o sacrificios potenciales, cuando decidan negociar con las GS bajo sus prácticas comerciales:

(...) se incorporan elementos éticos y económicos que pueden ser contraproducentes sobre el desempeño de las empresas consignantes o proveedoras, particularmente factores como: las condiciones de pago, la entrega de mercancías en consignación, el pago de la exhibición en la sala de ventas, la obligatoriedad de suministrar impulsores, entre otros. en el manejo económico, se debe observar si se está en contravía de la libre competencia económica y si se generan efectos adversos en el Ciclo de Conversión de Efectivo (CCE) de las empresas proveedoras. (Cañón & Correa, 2014)

Colofón

La sociedad colombiana cuenta con uno de los índices de desigualdad más grande de Latinoamérica (DANE Colombia, 2021), agravada durante el 2020 por los efectos de la pandemia

del COVID-19 y las medidas restrictivas impuestas por el Gobierno nacional, que significaron, entre otras, una mayor dificultad para ejercer el derecho fundamental del acceso a la justicia. Este acceso se ve limitado especialmente para el sujeto jurídico débil o contratante adherente, en la contratación entre empresarios B2b pyme, identificados en este estudio como las pymes colombianas, al no existir una jurisdicción mercantil gratuita que lo garantice. Por ello, no solo se requiere de la función tutelar del Estado para este tipo de empresas, sino que se deben implementar por parte del Estado colombiano unas políticas públicas de capacitación para los operadores jurídicos en la constitucionalización del derecho privado, el enfoque diferenciado, los nuevos conceptos de orden público económico, el solidarismo contractual y la contratación proactiva.

Finalmente, se plantea una problemática interesante para el derecho privado contemporáneo con respecto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y la eficiencia económica como factor de competitividad de las empresas en los contratos de adhesión entre empresarios B2b pyme. En consecuencia, se recomienda que se surta un proceso de aprobación previo a este tipo de contratos por un organismo autorizado.

Así, se estaría garantizando una utilización equilibrada de estos contratos y se evitarían cuantiosas reparaciones ocasionadas por las asimetrías contractuales ocasionadas por las prácticas comerciales de las GS con sus proveedores, especialmente con las pymes colombianas, que pueden ser sujetos de abusos por ser la parte débil del contrato desde el punto de vista financiero o porque no tienen la forma de influir sobre las condiciones que establece el contenido contractual de la parte dominante del contrato.

Conclusiones

Tanto el comercio como el mercado actual apuntan a una realidad social que repercute en desequilibrios significativos por las prácticas de la economía de escala, que remite a los empresarios a contratar de manera uniforme en un entorno mercantil de bienes y servicios. Este escenario gira, cada vez más con mayor frecuencia, en torno de organizaciones o grupos económicos que aplican ciertas conductas empresariales impuestas por los agentes dominantes del mercado.

El resultado de este fenómeno es un verdadero campo de acción de la realidad negocial, entre el contratante fuerte, denominado el predisponente, cuyo operador en el entorno colombiano es la gran superficie, y el sujeto adherente, que para este caso son las pymes. Dadas las circunstancias financieras y económicas, estas últimas pueden tener problemas de carácter financiero para resolver sus conflictos.

Lo anterior trae serias consecuencias, pues en una sociedad como la colombiana, con uno de los índices de desigualdad más grande en Latinoamérica, los ciudadanos encuentran dificultades para ejercer el derecho fundamental del acceso a la justicia, de lo cual no es ajeno el empresario. Por ello, y con el fin de darle solución a los problemas planteados, se propone abordar la protección del sujeto jurídico débil o contratante adherente, desde el amparo a supuestos como el enfoque

diferenciado, el control del contenido por parte del Estado a través de sus entidades administrativas, debidamente capacitadas en el derecho proactivo y la solidaridad contractual. Y es que ante la ausencia de una jurisdicción mercantil gratuita, se plantea la necesidad de dimensionar el equilibrio jurídico y económico en aquellos contratos entre empresarios B2b PYME, suscritos en condiciones asimétricas con las G.S.

Una de las causas de tales conflictos es, inexcusablemente, la contratación por adhesión, identificada por cierta parte de la doctrina como “un tercer contrato” o una “tercera modalidad de contratación”. Respecto de su contenido, es necesario precisar la posible relatividad o ausencia total de la autonomía negocial, que la doctrina ya advertía en la tesis sobre la limitación del consentimiento libre y autónomo como expresión de la voluntad en los negocios jurídicos en los que opera.

En efecto, después de realizar una ponderación entre los principios jurídicos que sustentan la naturaleza y validez contractual versus los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de iniciativa de mercado, se demostró que en la contratación B2b pyme la limitación de la autonomía de la voluntad por la contratación por adhesión afecta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Esto, por cuanto se le niega al sujeto jurídico débil o contratante adherente el derecho a negociar previamente el clausulado o a que se le remita obligatoriamente a la justicia heterocompositiva para la resolución de controversias, que muchas veces compromete los capitales de trabajo y la liquidez de las pymes colombianas.

Por ello, sin pretender una inadecuada generalización, el consentimiento otorgado por el contratante adherente o sujeto jurídico débil, en la mayor parte de los eventos casi nunca será pleno y consciente. En desarrollo de esta contratación, frecuentemente el empresario pyme no se encuentra completamente informado del negocio y tan solo puede validar las condiciones del iter contractual cuando se haya adherido mediante la expresión de su consentimiento e inicien las tratativas particulares de la relación negocial, generalmente contenidas en documentos anexos que no hacen parte del contrato principal. Por ello, existe una discusión doctrinal, jurisprudencial y arbitral en cuanto a si en esta contratación hay una verdadera libertad de contratar o si se trata de una mera y sencilla libertad de adherencia.

Y es que la realidad social actual repercute en desequilibrios significativos por las prácticas de la economía de escala, que remiten a contratar de manera uniforme en un mercado de bienes y servicios que no se corrige por sí solo. En efecto, el fenómeno autorregulador del mercado, esto es, la llamada “mano invisible”, ya no existe. De ahí la necesidad de la intervención de la autoridad pública a través de entidades de control como las superintendencias, que ejercen policía administrativa de control y de sanción frente a este tipo de distorsiones.

Por ello, se hace referencia a un “mercado estructuralmente desequilibrado”, que se desarrolla cada día más en torno a organizaciones o grupos económicos. En este escenario negocial se aplica cierta tipicidad para algunas prácticas empresariales, las cuales son aceptadas socialmente, que, si bien anteriormente resultaban contrarias al derecho de la competencia, actualmente son impuestas por estos agentes dominantes del mercado en los contratos de adhesión a los empresarios B2b pyme.

Frente a esto último, no debe perderse de vista que, de acuerdo con el mandato constitucional, contenido en el artículo 333 de la Carta Política, las pymes colombianas son base y motor de desarrollo económico y social, lo cual se refleja en el producto interno bruto del país, particularmente por su posibilidad de generar empleo y bienestar. Sin embargo, en Colombia se devela un sector industrial pequeño con recursos limitados y de lento crecimiento, caracterizado principalmente por la presencia de empresas de familia, constituidas como unidades de negocio de subsistencia, que buscan rentabilidad a corto plazo.

Por ello, en múltiples oportunidades les resulta difícil contradecir las prácticas comerciales de la contratación por adhesión y, con mayor razón, enfrentarse en una contienda legal con una contraparte mucho más fuerte económicamente.

De esta manera se afecta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del contratante adherente o sujeto jurídico débil, al negársele, entre otros, el derecho a negociar previamente el clausulado del contrato o a que se le remita obligatoriamente a la justicia heterocompositiva para la resolución de controversias que comprometen, por ejemplo, tanto sus capitales de trabajo como su liquidez.

Es innegable que, al generalizarse la relación convencional mediante sendos formatos que sustraen al empresario pyme de la libre negociación a través de estipulaciones esenciales que revisten cierto sesgo de unilateralidad, se observa que algunos de los contratos taxativamente contemplados en la normativa mercantil, como sucede, por ejemplo, con los de suministro,

consignación y concesión, utilizados con ocasión de la contratación masificada, han mutado a contratos por adhesión. Si bien se agilizan los procedimientos para los empresarios predisponentes con la contratación B2b pyme, estos se encuentran diseñados para evitar conflictos, disminuir los riesgos y costos, en vez de realmente generar riqueza y bienestar para el contratante adherente o sujeto jurídico débil. Este requerirá entonces de la tutela del Estado para garantizar el cumplimiento de los principios generales del derecho, entre los que se cuentan el deber de buena fe, de información, coherencia y lealtad, para conseguir la más correcta y apropiada justicia empresarial.

En el desarrollo de este trabajo se trajo a colación la interesante problemática que el derecho privado contemporáneo se ha planteado con respecto a la reformulación de la naturaleza bilateral de la técnica formativa del contrato, por cuanto el consensualismo ha ido desapareciendo en favor del formalismo, debido al fenómeno de la globalización y las economías de escala, para conducir a la determinación del proceso de adhesión como un género contractual.

De esta discusión se demostró cómo resulta factible un mejoramiento del fenómeno de la asimetría contractual para aquellos contratos de adhesión B2b pyme, suscritos entre el contratante adherente o sujeto jurídico débil que se hace merecedor de la tutela constitucional, con agentes económicos que ostentan un poder sustancial en el mercado. Si estos contratos de adhesión surtieran el proceso de aprobación previo por un organismo administrativo autorizado, se garantizaría una utilización equilibrada de estos y se evitarían cuantiosas reparaciones ocasionadas por los desequilibrios contractuales.

A ello hay que sumar las diferencias del músculo financiero de los grupos empresariales propietarios de las GS, que les permite, por ejemplo, importar los mismos productos a menor costo que los producidos localmente por las pymes. Debe recordarse que estas resultaron duramente afectadas en los últimos meses por los altos costos de los insumos y el impacto económico que dejó la emergencia económica y social producida por la pandemia del COVID-19. Lastimosamente, es por ello por lo que muchas de las pymes colombianas tienden a desaparecer.

Otro aspecto tratado en este trabajo fue la referencia a la interesante discusión conforme a la cual en la contratación moderna se evidencia una simbiosis entre el derecho y la tecnología disruptiva del siglo XXI. El iter, la dinámica y el espacio contractual han cambiado, para desarrollarse lo que la ciencia jurídica ha denominado las “polis” virtuales. En general, se impone la celebración electrónica mediante un operador programado por algoritmos, que supone grandes ventajas en cuanto a eficacia y economía de las transacciones ejecutadas. Esta virtualización plantea una verdadera crisis del principio de la autonomía de la voluntad y, con ello, la limitación del consentimiento que, sin duda, repercute en la capacidad negocial de los particulares ante la necesidad de adaptarse a las nuevas tecnologías.

El derecho creado a partir de postulados y ajustado conforme a la jurisprudencia y a un derecho global, debe nutrir el sistema y favorecer la existencia de un entorno mercantil seguro y tranquilo, que permita una verdadera contratación justa. Esta tiene que caracterizarse no solo por buscar que se eviten los conflictos que surgen a partir de diferencias económicas, jurídicas o de interpretación, como se ha planteado en el derecho contractual de finales del siglo XX y principios

del XXI, sino por realmente generar verdaderos beneficios personales y patrimoniales a los operadores económico-jurídicos.

Referencias

- Aguilar, E. (1998, mayo). Benjamín Constant y el debate sobre las dos libertades. *Revista Libertas*, (28). http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/17_5_Aguilar.pdf
- Aguilar, V. (2018). *El negocio jurídico*. Colección de monografías hispalense. <https://books.google.com.gt/books?id=yAcuywAACAAJY1>
- Alarcón, F. (2012). *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Almanza, D. & Pereira, M. (2014). La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro. *Revista de Derecho Privado*, (26). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000100009
- Álvarez, J. (2014). El contrato de adhesión en la legislación colombiana y en la Nueva Ley de Protección al Consumidor. *Revista Advocatus*, 11(23), 101-116.

Amadio, G. (2005). Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale). *Rivista di Diritto Privato*, 285.

Amézquita, L. & Patiño, Y. (2011). *Estudio económico del sector retail en Colombia*. Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio.

Arévalo, G. (2006). *Los derechos fundamentales y la autonomía contractual en Colombia*. Editorial Jurídica Sánchez.

Aristóteles. (2007). *Ética Nicomaquea*. Editorial RBA Libros.

Arnau, F. (2008-2009). *Lecciones de derecho civil II. Obligaciones y contratos*. Universitat Jaume I.

Bahamón, C. (2013). Análisis sectorial de las Grandes Superficies en Colombia. [Tesis de grado]. Universidad ICESI.

Barberis, M. (2015). El realismo jurídico europeo-continental. En *Enciclopedia de Filosofía y Derecho*. Vol. 1. Capítulo 6. (pp. 227-240). UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/9.pdf>

Barceló, R. (2018). *La ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. [Tesis doctoral].

Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona.

Barrera, C. (2004). *Las obligaciones en el derecho moderno* (2.^a ed.). Editorial Temis.

Bernal, M. (2015). La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato.

Universitas, 64(130). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.cpdn>

Bernal, M. & Villegas, L. (2008). Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación. *Universitas*, (117), 156.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=825/82515354006>

Bigliuzzi, L. et al. (1992). *Derecho civil*. Tomo I, vol. 2. Ediciones Universidad Externado

Bobbio, N. (1999). *Estado, gobierno y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.

Bosch, E., Del Pozo & Vaquer, A. (2016). *Teoría general del contrato, propuesta de regulación*.

Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491230557.pdf>

Breccia, U., Bigliuzzi, L., Natoli, U. & Busnelli, F. (1992). *Derecho civil*. Tomo II. Bogotá. F.

Hinestroza (trad.). Universidad Externado de Colombia.

Bullard, A. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: análisis económico de la interpretación contractual. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (477).

Calderón, J. (2010). *La constitucionalización del derecho privado*. Editorial Temis.

Calonge, A. (1973). El negocio sobre cosa futura, su construcción dogmática. En *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1140-1156). Ministerio de Justicia de España.

Cañón, L. & Correa, L. (2014). *Prácticas comerciales de las Grandes Superficies con sus proveedores*. Ciencia Unisalle. https://ciencia.lasalle.edu.co/contaduria_publica/195/

Castán, J. (1992). *Derecho civil español y foral*. Tomo III. Editorial Reus.

Castiglioni, R. (2016). El abuso del poder negocial entre empresas. *Revista El Derecho* 14(99), 1-7.

Castillo, M. & Horna, M. (2006). *Tratado de la teoría general de los contratos: la plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://books.google.com.co/books?id=ODPjkNOWyCUC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

Castro, M. (2019). Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo. *Revista Estudios Sociojurídicos*, 21(1), 121-150.

<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.69777>

CENCOSUD. (s.f.). *Nuestra empresa*. <https://www.cencosud.com/nuestra-empresa/>

Cepeda, M. (1985). Los contratos por adhesión: problemas y soluciones. *Revista de Derecho Civil*, 2, 9. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/5593>

Chamie, J. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes. *Revista de Derecho Privado*, (14).

Chinchilla, C. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, (21).

Colin, A. & Capitant, H. (1923). *Curso elemental de derecho civil*. Editorial REUS. https://books.google.com.co/books?id=xawzAQAAMAAJ&q=curso+elemental+de+derecho+civil,+Colin+y+Capitant&dq=curso+elemental+de+derecho+civil,+Colin+y+Capitant&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiV0a_3uaHiAhVE1lkKHR0uDBQQ6AEIKTA

Conde, E. (s.f.). *La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincia en la III República francesa*. VLex. <https://vlex.es/vid/grandeza-louis-flaquezas-civilista-iiia-410379674>

Constitución Política Colombiana. (1991). *Texto de la Constitución*. Editorial Temis.

Cornú, G. (1995). *Vocabulario jurídico*. Editorial Temis.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia No. T-240-1993*. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. 40353.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-222 de 2004*. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-348 de 2005*. M.P. Dr. Marco G. Monroy C. Sala Sexta de Revisión.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-517 de 2006*. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-409-2009*. M. P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional. (2013, 11 de dic.). *Sentencia C-934*. M.P. Dr. Nilson Pinilla P.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1970). *Sentencia del 15 de diciembre de 1970*. M. P. José María Esguerra Samper.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1989). *Sentencia 28 de junio de 1989*. M. P. Dr. Rafael Romero Sierra.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2001). *Sala de Casación Civil*. M.P. Dr. Jorge A. Castillo. Sentencia octubre 22 de 2001. Expediente 5817.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2001). *Sala de Casación Civil*. M.P. Carlos I. Jaramillo. 02-2001. Expediente 5670.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2011). *Sala de Casación Civil*. M.P. William Namen Vargas. 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999- 01957-01.

Corte Suprema de Justicia de Portugal. (2016). *Sentencia No 2 de 2016*.

DANE Colombia. [@DANE_Colombia] (29 de abril de 2021)

Para el total nacional el coeficiente de desigualdad de ingresos #Gini: pasó de 0,526 en 2019 a 0,544 en 2020. [Gráfica]. Twitter.

https://twitter.com/DANE_Colombia/status/1387842742047449097/photo/1

De Aquino, T. (1997). *Suma de Teología*. Martínez Ángel et al. (trads.). Biblioteca de Autores Cristianos.

De Castro y Bravo, F. (1985). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Estudios monográficos. Vol. 2. Civitas.

De la Puente y Lavalle, M. (1996). La libertad de contratar. *Revista de Derecho Themis*.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109575.pdf>.

De la Vega, A. (2013). Derecho de las obligaciones. En *Seminario Cuestiones Actuales del Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda.

De Miranda, C. (2016). *Las excepciones materiales en el proceso civil*. Bosch Editor.

Díez-Picazo, L. et al. (2010). *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Biblioteca Jurídica Dike.

Díez-Picazo, L. (2010). La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. En J. Oviedo Albán (coord.), *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Universidad de la Sabana 6 Biblioteca Jurídica Dike.

Domat, J. (2006). Libro I, Conventions en general. Sección II, núm. 7. En *Homenaje a Mariano Alonso Pérez. Estudios de derecho de las obligaciones*. España.
<https://books.google.com.co/books?id=yczmVsfPTT8C&pg=PA747&lpg=PA747&dq=articulo+1372+del+codigo+civil+italiano&source=bl&ots=8isRfC8CQs&sig=ACfU3U0e3TmjL, PgrkLaOjuPDpsnoG9FGw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi9w5jjxrzmAhWBjVkJHZ63AWIQ6AEwAnoECAkQAQ#v=onepage&q=articulo%201372%20del%20codigo%20civil%20italiano&f=false>

Donaires, P. (2012). El principio del consensualismo en el derecho de los contratos. *Revista Derecho y Cambio Social*.

Duque, A. (2008). Una revisión del concepto clásico del contrato. Aproximación al contrato de Consumo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 453-479.

Echeverri, V. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*, 9(17), 127-144.

Enciclopedia Económica. (2020). *Criptomonedas*.
<https://enciclopediaeconomica.com/criptomonedas/>

Enciclopedia Jurídica. (2019). *Contrato de adhesión*. <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/contrato-de-adhesi%C3%B3n/contrato-de-adhesi%C3%B3n.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2020). *Consensus facit legem*. <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/consensus-facit-legem/consensus-facit-legem.htm>

Estigarribia, M. (2006). *Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina*. [Tesis]. Universidad Nacional del Nordeste, Argentina.

Faus, M. & Ariño, B. (2018). *Práctico obligaciones y contratos*. VLex.
<https://promos.vlex.com/practico-obligaciones-y-contratos/>

Fischer, G. (1923). *Contratos modelo y cláusulas*. ICC México.
<https://www.iccmex.mx/productos-y-servicios/contratos-modelo-1/incoterms-y-contratos-modelo>

Fombuena, M. et al. (2017). *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Editorial Dyckinson. <https://books.google.com.co/books?id=c-hGDwAAQBAJ&pg=>

Garcés, P. (2014). *El consentimiento, su formación y sus vicios*. Colección Jurídica IUE.

García, M. (2012). *Derecho de Obligaciones y Contratos*. MJ Editores, Biblio Services, Inc.

García, A. (2005). Idea del contrato: cincuenta años después. *Revista UCM Foro, Nueva Época*, (2).

Garrido, J. (2020). Derecho popular versus derecho de juristas. La querrela alemana entre las escuelas romanista y germanista. *Eumonía, Revista en Cultura de la Legalidad*, 335-358

Gayo. (2000). *Institutas, D.1.1.9*. S. Samper (trad.). Instituciones Jurídicas de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Gilmore, G. (1974). *The Death of Contract*. The Ohio State University Press.

Gorrín, G. (2018, ene.-dic.) La causa y el contenido del contrato como su objeto en la reforma del Código Civil francés. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, (157).

Granados, J. (2012). *Del contrato con el consumidor al contrato con asimetría de poderes. Una aproximación desde el derecho comunitario europeo de los contratos.*
<http://hdl.handle.net/10567/703>

Grigg. (2004) El contrato ricardiano. En *Actas del Primer Taller Internacional IEEE sobre Contratación Electrónica*. IEEE: 25–31, San Diego, CA, USA. 10.1109/WEC.2004.1319505

Grupo Éxito. (s.f.). *Historia*. <https://www.grupoexito.com.co/es/historia>

Gual, J. (2015). *Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad*.
 Universidad Católica de Colombia.

Gual, J. (2017, 20 de sep.). Las cláusulas abusivas. Evolución hacia una noción. *Verba Iuris*, 113-134. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.36.1017>

Haapio, H., Siedel, G. & Bernal, M. (2016). Aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva. *Revista de Derecho Privado*, (31), 265-317.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n31.09>

Haapio, H., Plewe, D., De Rooy, R. (2016). *Next Generation Deal Design: Comics and Visual Platforms for Contracting*. Academia.

https://www.academia.edu/64529103/Next_Generation_Deal_Design_Comics_and_Visual_Platforms_for_Contracting

Hazzard, J. & Happio, H. (2017, 23 feb.). Wise Contracts: Smart Contracts that Work for People and Machines. *Jusletter IT*.

Hinestroza, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía de la voluntad. *Revista de Derecho Privado*, (26).

Josserand, L. (2006). *Los móviles de los actos jurídicos en el derecho privado*. Editorial Leyer.

Kant, I. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Manuel García Morente (trad.). Ediciones Encuentro.

Kelsen, H. (2009.) *Teoría pura del derecho* (4.^a ed.). Ediciones Eudeba.

Kirillova, B. & Lagutin, G. (2019). Estado legal de los contratos inteligentes: características, papel, significado. *Revista Jurídicas CUC*, 15(1).

Larroumet, C. (1999). *Teoría general de los contratos*. Tomo I. Editorial Temis.

León, É. (2017). *Adopción de la nueva lex mercatoria como mecanismo para la modernización del derecho de contratos latinoamericano*. [Tesis Doctoral]. Universidad Alfonso X El Sabio, España.

León, É. (2018). *La nueva lex mercatoria en el derecho latinoamericano de contratos*. Editorial Universidad del Rosario y Editorial Tirant Lo Blanch.

León, S. (2015). *Contratos mercantiles*. Textos jurídicos y universitarios. Oxford University Press.

López, D. (2012). *Teoría impura del derecho*. (6.^a reimpres.). Editorial Legis.

Lozano, D. (2015, 7 de ene.) *La revocación de la oferta en los principios UNIDROIT y Colombia*. Gestión Compartida. <https://www.gestioncompartida.com/Blog/la-revocacion-de-la-oferta-en-los-principios-unidroit-y-colombia.html>

Maldonado, S. (1994). *El contrato de franchising*. Editorial Jurídica de Chile.

Martin, I. et al. (2017). *La reforma de la administración electrónica*. Serie innovación administrativa. INNAP.

Mato, M. (2015) El control del contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 212-286. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2784>

Mato, M. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal.

Mazeud, H. (1969). *Derecho civil*. Parte II, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa América.

Messineo, F. (1971). Manual de derecho civil y comercial. Tomo VI. Ediciones Jurídicas Europa América.

Messineo, F. (2018). *Doctrina general del contrato*. Ediciones Jurídicas Olejnick.

Mezzasoma, L. (2012). La protección del contratante débil en la legislación italiana. *Revista Jurídica de Daños*, (2).

Mezzasoma, L. (2013, sep.-oct.). La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario). *Revista Práctica Derecho de Daños, La Ley*, (116), 8.

Mezzasoma, L. (2015). Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional. *Revista Derecho Privado y Constitución*, (29).

Monroy, M. (2010). *Introducción al derecho*. (15 ed.). Editorial Temis.

- Momberg, R. (2015). La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (24), 121-142.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370840821003>
- Mora, F. (2020). Hart y el problema del positivismo jurídico: una reconstrucción en tres actos. *Revista de Filosofía, Derecho y Política Universitas*, (31), 2-32.
<https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5135>
- Morales, M. et al. (2020). Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado. *Universitas*, 69.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cae>
- Morales, R. (2007). Nuevas perspectivas del negocio jurídico. *Revista Derecho y Sociedad*, (28).
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792723.pdf>
- Moreno, M. (2014). Control de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor financiero. *Estudios*, (11), 331-353.
- Moreno, J. (2012). *El riesgo constitucional en la interpretación de los negocios. Cuadernos de la Maestría en Derecho Universidad Sergio Arboleda*, (2), 107.
- Munar, L. M. & Díaz, A. R. (2021, mayo). Aspectos jurídicos de la tecnología blockchain. *Review*, 13(1), 131-142.

Múnera, J. & Ramírez, F. (2015). La ausencia del principio de la autonomía de la voluntad en el contrato por adhesión. *Revista Pensamiento Republicano*, (3). 117-142.

Muñoz, S. (2020). *El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*. Realidades y tendencias Siglo XXI. Tomo IV. Derecho privado. Universidad Javeriana, Editorial Temis.

Neme, M. (2018). *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Universidad Externado de Colombia.

Ochoa, M. (2002) Implicaciones del principio de la autonomía de la voluntad en materia de propiedad intelectual. *Revista Ventana Legal*.

Ochoa, M. (2019). *Implicaciones del principio de la autonomía de la voluntad en materia de propiedad intelectual*. Centro de Información Jurídica en Línea. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MjE0Ng==>

Oliva, F. (2016). Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 304.

Ortiz, R. (1988) *Estudio sobre la ley: del fuero juzgo a la novísima recopilación*. Pontificia Universidad Católica del Perú

Pájaro, N. (2006). *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Pertiñez, F. (2012). La protección del comitente como consumidor. En *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXV, fasc. II (pp. 686-687). Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Agencia Estatal BOE.

Polo, E. (2015). Una reflexión actual del principio de interpretación in ambiguitas contra stipulationem. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 199.

Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, (29), 141-182.
<http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

Pothier, R. (1978). *Tratado de las obligaciones*. Editorial Hellastra.
http://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=fUs8AAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA469&ots=srloFeUZsu&sig=aQHjsiGe1n3x57EsjLEb-PaS54s&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

Quintana, A. M. (2017). La modernización del derecho de las obligaciones, una experiencia para Latinoamérica. *Revista de Derecho Privado*, (57).
<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.03>

Ramírez, E. (2008). *La ineficacia en el negocio jurídico*. Ediciones Universidad del Rosario.

Rawls, J. (1995). *La teoría de la justicia*. M. González (trad.). Fondo de Cultura Económica.

Real Academia Española -RAE- (2020). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*.

<https://dpej.rae.es/lema/gran-superficie>

Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (2.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.

Rivera, J. (2016). El Code Civil francés ha sido reformado. *La Ley, Gaceta jurídica*.

<https://laley.pe/art/3552/-el-code-civil-frances-ha-sido-reformado->

Rodríguez, C. A. (2013, 2 de feb.). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Editorial Legis.

Rodríguez, J. (2020). *Del equilibrio contractual en los contratos del pequeño productor agrícola*.

Universidad Externado de Colombia.

Rubio, M. (1992). *Invalidez del acto jurídico*. Serie Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IX.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Saavedra, R. E. (2019). *Autonomía de la voluntad y autonomía de los particulares*. IUS 360.

<https://ius360.com/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>

Salcedo, C. (2010). *Historia del derecho romano*.

<https://es.scribd.com/document/470299814/LIBRO-de-D-ROMANO-Claudia-Patricia-Salcedo-de-patarroyo>

Saules, J. (1999). *Del abuso de los derechos y otros ensayos* (4.^a ed.) Editorial Temis.

Samper, F. (2007). *Derecho Romano*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Santos, M. L. (2004). El pensamiento de Ronald Dworkin: balance y críticas. En *Discurso en la Universidad de Oviedo. Homenaje al profesor Delgado Pinto*. Asturias, España.

Scheifler, X. (1990). *Historia del pensamiento económico*. Editorial Trillas.

Schweighofer, E. et al. (2017). Trends and Communities of Legal Informatics. In *Proceeding of the 20th International Legal Informatics Symposium Iris*, (pp. 425-432).

Silva, A. (2001). *La autonomía de la voluntad como generadora de contratos en el marco del derecho privado comparado: el consentimiento*. *Revista 20 Ann. Facultad de Derecho U. Extremadura*, 19, 343.

- Smith, A. (2013). *La riqueza de las naciones*. Libro IV, cap. II. Alianza Editorial.
- Soria, A. & Osterling, M. (2014). *Contratos modernos. Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicables.
- Soto, C. & Mosset, J. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. Editorial Universidad Javeriana.
- Stiglitz, R. S. (2012). Los nuevos principios y deberes en la teoría general del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Comercial*, 308.
- Stolfi, G. (1959). Teoría del negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado*, 80.
- Suárez, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico. *Universitas*, (129), 319-354. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdo>
- Tomaya, J. (2012). Validez y eficacia del contrato de trabajo. *Revista Derecho PUCP*, (68).
- Tribunal Supremo Español. (1998). *Sentencia de 13 de noviembre de 1998*.
- Tur Faundez, C. (2018). *Smart Contracts*. Análisis jurídico. Editorial Reus.
- Ulpiano. (2016). *Instituciones*. Libro I. Julio C. Navarro (trad.).
<https://www.goodreads.com/book/show/30232146-el-digesto-de-justiniano-libro-1>

Vidal, J. (2014). Introducción al análisis económico del derecho. En *Cátedra Contratos Universidad de Valencia* (pp. 1-18). Universidad de Valencia.
<https://www.uv.es/~vjaime/Analisis%20derecho/Temas%20finales/tema4final.pdf>

Valencia, A. (2004). *Tratado de derecho civil*. Editorial Temis.

Yáñez, A. (2012). *Del riesgo moral en las relaciones de las Grandes Superficies y los proveedores*. [Tesis de grado]. Universidad Pontificia Javeriana.

Zapata, J. (2019). Alcance y efectos de la nulidad en los contratos conexos en el derecho privado colombiano. *Revista de Derecho*, (52), 88-115.

Zapata, J., Londoño, A., Gómez, D., Osorio, F., Ladino, L., Velásquez, S., Maya, S. & Sierra, S. (2016, jul.-dic.). Sanciones jurídicas a la estipulación de Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia. *Revista CES Derecho*, 7(2).

Anexos

Anexo A

Ejemplo de contrato proforma de consignación celebrado por adhesión entre las G.S. y las pymes colombianas.

Por razones de confidencialidad se transcribe el documento con espacios en blanco:

CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

ENTRE-----

Y-----

Entre los suscritos a saber:-----
 --mayor de edad y vecino de Bogotá D.C., identificado con cédula de extranjería n.º -----
 ----- quien obra en nombre y representación de -----
 ----- con NIT ----- por una parte y quien en adelante se llamará el
CONSIGNATARIO y ----- mayor de edad y vecino de
 Bogotá D.C., e identificado con la cédula de ciudadanía, obrando en su calidad de representante
 legal de la sociedad -----, domiciliada en -----
 -----, según certificado de Cámara de Comercio de Bogotá, y quien en adelante se llamará
 el **CONSIGNANTE**, se ha celebrado el Contrato de Consignación que se regirá por las siguientes
 normas:

CLÁUSULAS

PRIMERA: A partir de la firma de este documento **EL CONSIGNATARIO** recibirá del **CONSIGNANTE** en los establecimientos de comercio de su propiedad incluidos en el Anexo 2, las mercancías establecidas en el Anexo 1. **EL CONSIGNATARIO** no adquiere compromiso alguno sobre determinado volumen de compras anuales y los pedidos serán atendidos por el **CONSIGNANTE**, salvo eventualidades de fuerza mayor.

SEGUNDA: EL CONSIGNANTE entregará al **CONSIGNATARIO** la mercancía a que se refiere este contrato de acuerdo con las órdenes de pedido entregadas por el **CONSIGNATARIO**.

TERCERA: EL CONSIGNANTE entregará la mercancía a que se refiere este contrato, en los establecimientos de comercio del **CONSIGNATARIO** incluidos en el Anexo 2. El costo del transporte estará a cargo del **CONSIGNANTE**.

CUARTA: Con el fin de cubrir los gastos generados por la pérdida o merma, **EL CONSIGNATARIO** descontará al **CONSIGNANTE** un porcentaje fijo equivalente al 3 % del valor facturado. Dicho porcentaje se descontará de forma independiente a la variación de las pérdidas o merma y en consecuencia **EL CONSIGNANTE** no asumirá en ningún caso costos adicionales por el mencionado concepto.

QUINTA: El término de duración del presente contrato será de un año, contado a partir del primero (1º) de enero de _____y hasta el 31 de diciembre de_____. A partir de enero de _____las partes revisarán la viabilidad de celebrar un contrato bajo similares condiciones a las aquí estipuladas.

SEXTA: EL CONSIGNANTE visitará periódicamente el almacén para comprobar el estado de la mercancía.

SÉPTIMA: EL CONSIGNATARIO mantendrá el inventario que este haya solicitado de acuerdo al espacio en góndolas por él asignado en sus establecimientos de comercio. **EL CONSIGNANTE** responderá por la calidad de los productos consignados. Asimismo, **EL CONSIGNANTE** se compromete a coordinar los sistemas que sean necesarios para atender lo estipulado con este tipo de mercancías, en la Circular 10 de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en especial, pero sin limitarse, a todo lo allí establecido, en materia de garantías, así como en las normas que lo adicionan, modifican o complementan.

OCTAVA: EL CONSIGNATARIO se obliga con el **CONSIGNANTE** a lo siguiente: a) Proporcionar almacenamiento adecuado a la mercancía que reciba en consignación de acuerdo con este contrato. b) Informar oportunamente al **CONSIGNANTE** sobre el movimiento de existencias. El incumplimiento en cualquiera de estas obligaciones da lugar a la terminación del contrato de consignación inmediatamente por parte del **CONSIGNANTE**.

NOVENA: EL CONSIGNATARIO es responsable de culpa leve en la custodia de la mercancía y en el cumplimiento del contrato.

DÉCIMA: EL CONSIGNANTE realizará mensualmente la reposición de las mercancías, de acuerdo a las necesidades del **CONSIGNATARIO** en cada uno de los establecimientos de comercio incluidos en el Anexo 2.

DECIMOPRIMERA: Las partes declaran expresamente que este contrato no es de agencia comercial, por lo que **EL CONSIGNATARIO** no tendrá carácter de agente y que en caso de duda a su interpretación se acudirá a los artículos 1377 a 1381 del Código de Comercio y normas concordantes.

PARÁGRAFO: En su condición de **CONSIGNATARIO**, este será un mero tenedor de las mercancías dadas en consignación, las cuales no podrán ser embargadas ni secuestradas por los acreedores del **CONSIGNATARIO** ni formarán parte del patrimonio de la liquidación. En el momento en que se presentare embargo o secuestro o se integre al patrimonio de la liquidación los productos dados por **EL CONSIGNANTE** en consignación, **EL CONSIGNANTE** asumiendo los gastos que demanden la actuación, deberá oponerse a la medida en su condición de mero tenedor y para lo cual, deberá presentar copia legalizada del presente contrato, en todo caso, **EL CONSIGNATARIO** deberá dar aviso inmediato de esta situación al **CONSIGNANTE**.

DECIMOSEGUNDA: EL CONSIGNATARIO se obligará durante la vigencia del presente a mantener debidamente renovado el registro y matrícula de la sociedad en la Cámara de Comercio respectiva, de acuerdo con los mandatos del artículo 33 del Código de Comercio. En caso contrario, **EL CONSIGNANTE** dará por terminado el presente contrato.

DECIMOTERCERA: El presente contrato de mercancías en consignación es sin cuantía y por lo tanto no genera impuesto de timbre.

DECIMACUARTA: EL CONSIGNANTE queda facultado para reservarse el derecho de inspeccionar y verificar la existencia de las mercaderías dadas en consignación.

DECIMOQUINTA: Queda claramente entendido que no existe relación laboral alguna entre **EL CONSIGNATARIO** y el **CONSIGNANTE**, o el personal que este llegue a utilizar en la ejecución del presente contrato.

DECIMA SEXTA: RESTITUCIÓN: A la terminación del presente contrato por cualquier causa, las mercancías entregadas al **CONSIGNATARIO** en consignación serán restituidas al **CONSIGNANTE**.

DECIMOSÉPTIMA: DEL REQUERIMIENTO EN MORA: LAS PARTES renuncian expresamente a las formalidades del requerimiento para constitución en mora, en caso de retraso o incumplimiento de las obligaciones pactadas en el presente contrato y aceptan desde ahora como plena prueba de incumplimiento, la comunicación dirigida por la parte cumplida a la incumplida o la solicitud de ésta ante la entidad competente para hacer efectivo sus derechos.

DECIMOCTAVA: PROHIBICIONES: LAS PARTES no podrán ceder en todo o en parte, los derechos y obligaciones que le confiere e impone este contrato.

DECIMA NOVENA: CLÁUSULA PENAL: LAS PARTES establecen que en caso de incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones previstas en este contrato, la parte

incumplida pagará a la parte cumplida, la suma de SESENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES A LA FECHA DEL INCUMPLIMIENTO, sin perjuicio de las demás sanciones o indemnizaciones de perjuicios que lleguen a derivarse del incumplimiento.

VIGÉSIMA: EXCLUSIVIDAD: Durante la vigencia del presente contrato, **EL CONSIGNANTE** no podrá ofrecer a competidores directos del **CONSIGNATARIO**, promociones, ofertas o dinámicas comerciales iguales o similares a aquellas que se apliquen en la mercancía entregada en consignación en virtud del presente contrato, garantizando así la exclusividad de _____ para dichos eventos.

Para efectos de aplicación de esta obligación, se entiende por **COMPETIDORES DIRECTOS** a las empresas y establecimientos de comercio dedicados a la explotación de negocios iguales o similares a los que se realizan en los hipermercados, supermercados o almacenes por departamentos.

LAS PARTES declaran que para efectos del presente convenio se entenderá: i) por supermercado, todo establecimiento de comercio dedicado a la venta bajo la modalidad de autoservicio, de bienes de consumo tales como víveres, alimentos, textiles, artículos de higiene, perfumería y limpieza que se encuentran distribuidos por secciones y dentro de áreas que oscilan entre los 400 y 2500 m²; ii) por hipermercado, todo establecimiento de comercio dedicado a la venta bajo la modalidad de autoservicio, de diferentes bienes de consumo entre los cuales se encuentran los habitualmente vendidos en supermercados y otros tales como bazar, papelería, motor, electrónica de consumo de audio y video, electrodomésticos y juguetes en áreas superiores a los 2500 m²; y iii) por tiendas por departamentos, todo establecimiento comercial de grandes dimensiones dividido en secciones que ofrecen una variedad de productos dirigidos a cubrir una amplia gama de necesidades tales como: confección, menaje de hogar, decoración, víveres, alimentos, etc., y cuya diferencia con los

hipermercados consiste en que la venta de víveres y alimentos es mínima y no constituye su fuente principal de ingresos.

VIGESIMOPRIMERA: DOMICILIO: Para todos los efectos legales, el domicilio contractual será la ciudad de Bogotá y las notificaciones serán recibidas por las partes en las siguientes direcciones: Por **EL CONSIGNATARIO** en la _____ Por **EL CONSIGNANTE** en la _____.

VIGESIMOSEGUNDA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Excepto para la ejecución de las obligaciones que consten en un título ejecutivo o que no sean susceptibles de transacción, toda controversia o diferencia entre las PARTES que surja a partir del presente contrato que no pueda resolverse directamente entre las partes durante un término de treinta (30) días desde la fecha en que una parte ponga en conocimiento de la otra dicha situación, o para lo cual no se tenga un mecanismo específico previsto en este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por las PARTES de común acuerdo. En el evento en que no se llegase a un acuerdo sobre la designación de los árbitros dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la otra parte de la existencia de la convocatoria al Tribunal de Arbitramento, las PARTES acuerdan que el Tribunal de Arbitramento sea designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en la lista A que lleva el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de dicha Cámara. EL Tribunal se regirá por las disposiciones y reglamentaciones del Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio, el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y todas las demás leyes y regulaciones que las complementen, modifiquen o adicionen, y se ceñirán particularmente a las siguientes reglas:

- a) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro, que será ciudadano colombiano y abogado en ejercicio.
- b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- c) El Tribunal decidirá en derecho.
- d) El Tribunal funcionará en Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- e) La parte vencida en el arbitramento sufragará todos los costos y los gastos derivados del proceso arbitral.

VIGESIMOTERCERA: ANEXOS: Hacen parte integral del presente contrato los siguientes documentos:

- a. Anexo número 1: Descripción de la mercancía objeto del presente contrato.
- b. Anexo número 2: Establecimientos de comercio incluidos en el presente contrato.

VIGESIMOCUARTA: En caso de duda o contradicción entre el presente contrato y los demás documentos que de él forman parte o llegasen a formar parte del mismo, prevalecerá lo estipulado en el contrato o en el documento suscrito por LAS PARTES que lo modificó o reformó expresamente.

Para constancia se firma en Bogotá a los _____ del mes de _____ de _____

EL CONSIGNANTE

EL CONSIGNATARIO

Anexo B

Se transcriben otros anexos que corresponden a las prácticas comerciales de las G.S. y que inicialmente no hacen parte del contrato principal de consignación por adhesión, como son: la oferta comercial, las condiciones de apertura y las aportaciones de dinámica comercial.

Por razones de confidencialidad se transcriben con espacios en blanco:

OFERTA COMERCIAL N.º _____

CLÁUSULAS ADICIONALES

El proveedor _____ NIT _____

Acuerdan:

El proveedor _____ garantiza que el precio de venta al público de sus productos en _____ tendrán un 5 % de descuento y esto garantiza que el precio estará un 5 % por debajo del precio en otras Grandes Superficies y almacenes de cadena.

OFERTA COMERCIAL N.º _____

APORTACIONES POR APERTURAS ANEXO N.º

El proveedor _____ NIT _____

CONDICIONES DE APERTURA POR CADA TIENDA QUE SE INAUGURE ESE AÑO

LA APORTACIÓN ECONÓMICA SERÁ:

POR NOTA CRÉDITO POR CADA TIENDA

EN MERCANCÍAS

PRIMEROS PEDIDOS

DESCUENTOS DE PARA LOS PRIMEROS MESES

CONTADOS A PARTIR DE LA APERTURA

APLAZAMIENTOS DE

PAGO

APORTACIONES POR DINÁMICA COMERCIAL O CAMPAÑAS ESPECIALES

El proveedor se compromete a aportar el  del valor total de su compra anual, por concepto de dinámica comercial o campañas especiales.

ANOTACIONES

Las aportaciones por aperturas serán con muebles de exhibición

Nota: las aportaciones para dinámicas serán voluntarias. La participación en las mismas puede implicar para el proveedor favorecimientos en administración de espacios de exhibición en tienda.

A contrario sensu, los proveedores no participantes dentro de las dinámicas deberán abstenerse de hacer exigencias por ubicación de sus productos lejos de los proveedores que sí participaron en esos eventos.