

Principia IURIS

17



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MRE 44' 3504
del 25 sept de 2011

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 17

pp. 01 - 424

enero
julio

2012

ISSN: 0124-2067

CIS 
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA COLCIENCIAS 

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
N° 17**

Tunja, 2012 – I

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 17	pp. 1-424	Enero Julio	2012 - I	ISSN:0124- 2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	----------	--------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DIECISIETE (17)

PRIMER SEMESTRE DE 2012

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

Teléfono : (8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la Facultad de Derecho

Revisión inglés:

Ángela Marcela Robayo Gil

Revisión francés :

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

Estudiante participante:

Juan Sebastián Hernández Yunis

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus

problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN PRINCIPIA IURIS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición Principia Iuris 17 posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe

establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.
Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses
Universidad París X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama
Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

Ph.D. (c) Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

Ph.D. (c) Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente Investigador de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Mg. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Mg. Fernando Arias García

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.

Filosofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho público Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. (c) Martin Hernández Sánchez

Abogado, Mg.(c) en Derecho. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Dominic Têtu

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

Mg. Deiby A. Sáenz Rodríguez

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Manual De Procedimientos Para El Tribunal Administrativo De Boyacá, Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404

Mg. (c) Lina Marcela Moreno Mesa

Abogada, Universidad Santo Tomás –Tunja; Esp. En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Mg © En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Abogada externa Banco Agrario. Lina_3m@hotmail.com.

Esp. Genaro Velarde Bernal

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. en Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. en Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. de la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

PRESENTACIÓN

La importancia de la investigación con relación a la sociedad, es ayudar a resolver problemas en la actualidad se plantea el surgimiento de un nuevo modelo educativo como lo es la sociedad del saber, en la cual la creación de conocimientos nuevos es una de las fuentes de riqueza y del bienestar social. El conocimiento es una característica central de las sociedades actuales, y tiene implicaciones sobre la educación, ya que ese es socialmente útil solo si se comparte. La investigación nos ayuda a mejorar el estudio porque nos permite establecer contacto con la realidad a fin de que la conozcamos mejor. Constituye un estímulo para la actividad intelectual creadora y ayuda a desarrollar una curiosidad creciente acerca de la solución de problemas.

La academia no debe ser simplemente una forma de transmitir el conocimiento, sino que en ella a través de la investigación, se debe avanzar en el desarrollo del intelecto del ser humano para obtener un verdadero aporte a la solución de problemáticas de la sociedad; todos aquellos que hacen parte de la sociedad deben cumplir con una función activa dentro de ella a través de la investigación ya que con ello plantea cumplir con una parte del continuo esfuerzo del proyecto humanista que encierra tres aspectos relacionados entre sí: La investigación y la producción de conocimiento; la enseñanza y el aprendizaje y finalmente, la extensión y la proyección social.

La Revista **PRINCIPIA IURIS** de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, es un espacio en el cual se presentan los resultados de investigaciones terminadas, realizadas tanto por docentes de la Universidad, como investigadores provenientes de otras partes del país y del mundo, por lo cual la revista se convierte en un espacio para debatir y compartir el conocimiento con sus semejantes.

Es para mí un honor presentar en esta oportunidad a la comunidad académica y jurídica, la versión número diez y siete de esta prestigiosa Revista en la cual se recopilan los trabajos aportados por aplicados estudiosos en un esfuerzo por fortalecer la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico, contribuyendo de esta manera a la solución de los problemas que afectan la sociedad.

Quiero resaltar en esta ocasión el gran compromiso de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, la Facultad de Derecho, del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, de docentes e investigadores externos y de todos aquellos que aunando esfuerzos han permitido que esta revista se encuentre indexada, lo cual garantiza una alta calidad en el contenido que en esta se expone.

Gracias!!!

Mg. (c) Juan Sebastian Hernández Yunis

CONTENIDO

EDITORIAL.....17

PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.

APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES

JUSTAS..... 20

Antropólogo Ricardo Gómez

ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA..... 32

Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

EL CONTRATO DE CONSUMO: NOTAS CARACTERÍSTICAS..... 62

Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA..... 117

Mg. Carlos Gabriel Salazar

VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* 129

Mg. Fernando Arias García

ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA..... 148 Ph.

D. Manuel Alberto Restrepo Medina

LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* 157

Abog. Fernando Tovar Uricoechea

DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO..... 174

Lic. María Rubiela Sáenz Medina

DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... 189

Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

PARTE II. TEMA CENTRAL –RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA

CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO
CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991..... 201

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA
PROCESAL PENAL EN COLOMBIA..... 229

Ph. D. Alfonso Daza González

LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO
DE LA OMC..... 244

Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO
DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS
CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ.... 260

Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN
COLOMBIA..... 279

Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas

Ph.D Yolanda M. Guerra García

EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS..... 292

Esp. Olivia Aristhitza Gutiérrez Cadena

PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL
DERECHO INTERNACIONAL..... 330

Ph. D. Natalia Barbero

LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL
CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO..... 356

Mg. Eyder Bolívar Mojica

EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE
VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND..... 369

Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES
CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE
1979..... 382

Esp. José Luis Suarez Parra

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS.....403
Ph. D. Jorge Jiménez Leube

EDITORIAL

No existirá que hable mal de su misma publicación, existe una suerte orguyo paternal al momento de presentar un trabajo academico, largas horas han sido invertidas en el desarrollo de una revista, evaluaciones academicas, comités editoriales, correcciones de estilo, entre otras, son las etapas propias de un trabajo de calidad, pero no nos referimos unicamente al esfuerzo tangible en actas y archivos, mas importante aun es el esfuerzo intelectual de los profesionales que integran la Principia Iuris, el rigor del estudio y la capacidad critica son propias de estos profesionales, son un apoyo del derecho sin riesgo paternalista alguno.

Como resultados de la investigación general se tuvieron en cuenta los siguientes temas que se desarrollaran en cada capítulo claramente haciendo de cada uno un pequeño análisis en forma de artículo dando a entender a los lectores el significado de cada tema que a continuación se nombraran en conjunto para saber de que se va hablar en la revista Principio Iuris, como primer tema a tratar es el de las APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES JUSTAS del Antropólogo Ricardo Gómez, seguimos con el desarrollo del ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA del Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar. pasamos analizar EL CONTRATO DE CONSUMO: Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio, posteriormente lo referente a los PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA del Mg. Carlos Gabriel Salazar, se evidencia dentro de la investigación el VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* del Mg. Fernando Arias García, después el ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA del Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina, seguimos con LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* Del Abog. Fernando Tovar Uricoechea, proseguimos con el DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO de la Lic. María Rubiela Sáenz Medina y terminamos la primera parte con un tema de suma importancia como es el DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS de la Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

Para dar inicio a la segunda parte de los resultados de investigaciones: problemáticas en convergencias traemos a colación varios temas escritos por varios docentes expertos en la materia para dar un breve resumen de cada tema dando inicio en primer lugar al artículo EL PODER CONSTITUYENTE "EXTRAORDINARIO" COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE -ANC- EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991 del Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño, seguimos con los PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA del Ph. D. Alfonso Daza González, dando paso a la LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO DE LA OMC de la Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno, luego la IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ de Tec. Oscar Javier Hernández Uribe, posteriormente a la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA de los Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas, Ph.D Yolanda M. Guerra García y terminamos con un artículo de la actualidad como es, EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS de la Esp. Olivia Aristhiza Gutiérrez Cadena

Finalizamos con una tercera parte de las TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS. Donde se relacionan varios temas que se traen en conjunto, para brindar a cada lector una síntesis de cada tema e informarse de forma más rápida de lo que se vive y pasa en la actualidad como es: LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL de la Ph. D. Natalia Barbero, también LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO del Mg. Eyder Bolívar Mojica, siguiendo con EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND del Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate, posteriormente con la PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1979 del Esp. José Luis Suarez Parra y LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS del Ph. D. Jorge Jiménez Leube.

En este orden de días es importante que la investigación se tiene que justificar, en cuanto a la función sustantiva de la universidad, donde compone el proceso de enseñanza y aprendizaje social, involucrando variedad de competencias, las cuales se desarrollan, con un alto nivel de perfección demostrando que el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, una vez culminada la etapa del perfeccionamiento de un proyecto, como deducción del dominio de un área y la capacidad de tratar un tema con rigidez.

Por otro lado la *PRINCIPIA IURIS* es una herramienta excelente donde obtenemos proyectos claros y sistematizados evidenciando un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, dando como resultado un gran aporte a la comunidad, que goza de un sistema jurídico destinado a prosperar, donde dicho aporte de los procesos nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación diaria, siendo el principal motor de nuestros proyectos y líneas

Y por supuesto...

Gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

EL CONTRATO DE CONSUMO: NOTAS CARACTERÍSTICAS

Fredy Andrei Herrera Osorio *

Fecha de entrega: 22 de febrero de 2012

Fecha de aprobación: 22 de junio de 2012

RESUMEN**

En el presente escrito se hará un acercamiento al cambio de la teoría contractual que comenzó a gestarse hace ya más de un siglo, evidenciando los rasgos característicos de la teoría clásica y los puntos que llevaron a su progresiva modificación, adentrándonos en la nueva teoría de los contratos de consumo, visto a la luz de la regulación nacional. Se hará especial referencia a las características de esta nueva tipología contractual y a los deberes nucleares y secundarios de conducta que asumen las partes, no sin hacer una presentación crítica de los principales mecanismos de protección consagrados en el actual estatuto del consumidor.

PALABRAS CLAVE

Contrato clásico; teoría subjetiva del negocio jurídico; contratos masivos; consumidor; contratos de consumo.

ABSTRACT

This document shows the change between classical and modern contract theory, which it has been developing for one century. First of all illustrates the essence of

* Grado de Honor como Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales, Magister en Derecho (área investigativa) y Aspirante a Doctor en Derecho. Docente de las Universidades Católica de Colombia y de Boyacá. Profesor Catedrático Asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Conferencista e investigador en temas de derecho contractual, mecanismos de resolución de conflictos y biociencias. Ex - Coordinador Académico de la Especialización en Derecho Privado Económico y de la Maestría en Derecho, Área de Profundización Derecho Privado Económico. Abogado y asesor de la Superintendencia Financiera de Colombia y Opain S.A. **A.E**

** Artículo de orden analítico reflexivo, en el cual se presentan los resultados de la producción original e inédita del autor, resultado del proyecto de investigación "EL CONTRATO DE CONSUMO: notas características", que se encuentra finalizado en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la *línea de investigación en nuevas tendencias en el derecho privado y actualidad de las relaciones entre particulares*. Método: Documental con base en la doctrina nacional e internacional.

classical contract and some points that it hasn't been able to solve. This explanation promotes the idea of a new theory about contemporary contracts like consumer contracts. It analyzes the main characteristics about this new contract form in our legal system and describes principal and secondary part's duties, including core mechanisms to protect the consumer against supplier.

KEY WORDS

Classic contract theory; classical theory about judicial act; massive contract; consumer; consumer's contract.

RÉSUMÉ

Dans cet article l'on fera une approche vers la théorie des contrats qui a commencé à prendre forme depuis plus d'un siècle, montrant ici les caractéristiques de la théorie classique et les points qui ont conduit à son changement graduel, entrant dans la nouvelle théorie des contrats de consommation, vues à la lumière de la réglementation nationale. Une référence particulière est faite aux caractéristiques de ce nouveau type de contrats, ainsi qu'aux devoirs principaux et secondaires du comportement assumés par les parties, non sans oublier faire une présentation critique des principaux mécanismes de protection inscrits dans l'état actuel du consommateur.

MOTS CLÉS

Le contrat classique de la théorie subjective de la pratique du droit; les contrats massifs, les consommateurs, les contrats de consommation.

SUMARIO

1. Introducción 2. El contrato y su visión clásica; 3. Fenómenos inexplicados por la contratación clásica; 4. El contrato contemporáneo; 5. El derecho del consumo y la publicitación del contrato. 6. El contrato de consumo y sus elementos; 7. Iter contractual; 8. Reflexión final. 9. Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

En el presente artículo se utilizó la metodología y técnicas de investigación que presentan una estrecha relación entre el núcleo temático y los objetivos propuestos, mediante una estrategia analítica, descriptiva y conceptual.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato es tal vez una de las primeras figuras jurídicas que puede imaginarse en la historia de la humanidad, pues su nacimiento era indispensable para permitir el intercambio pacífico de bienes y servicios entre personas que conviven en una misma organización social (ESPITIA GARZÓN, 2009).

En el más antiguo derecho romano, en concreto, en el período arcaico comprendido entre los siglos VIII a II a. C., se pensó que el contrato sólo podía nacer a la vida jurídica con el cumplimiento de una rigurosa ritualidad (NEME VILLAREAL, 2010; p. 23), al margen de cuál fuera el querer de las partes o de su voluntad. Sólo en el período romano clásico (siglos III a C. a IV d. C.), se reconoció un mayor peso a la voluntad a través de la distinción entre contratos y pactos, pues estos últimos se formaban con el simple consentimiento y, si bien no daban lugar a acciones, permitían su alegación como excepciones (ALZATE HERNÁNDEZ, 2009; p. 37 y 38).

Con la evolución del derecho canónico y su vuelta sobre el elemento moral (VON SAVIGNY, 1949; p. 66) (siglos XI a XVI), los juristas reconocieron en el contrato una expresión del respeto a la palabra empeñada, por lo que cualquier manifestación de voluntad podía dar lugar al nacimiento de uno de ellos (RIPERT, 1941; p. 25), so pena de incurrir en una falta contra la divinidad.

Estos antecedentes fueron retomados por los juristas europeos del renacimiento (siglos XVI y XVII) *"...Pero esta corriente moral que había de causar un vuelco total al Derecho, surgió en el siglo XVI, por la obra de los canonistas, inspirados en la filosofía del cristianismo, que reconoció la dignidad humana, su libertad y el imperio de la justicia... Los contratos, y por consiguiente las obligaciones que originaban, derivaron su validez, no de formalismos sociales sin vida, sino de ser el acto de una personalidad digna, libre, responsable, es decir, un acto humano, de modo que nacían de la sola palabra empeñada: 'solo consensus obligat' y 'pacta sunt servanda'..."*. (EMILIANI, 2001; p. 35), quienes elaboraron una teoría general del contrato a partir de la confluencia de voluntades como condición para la integración del consentimiento, eliminando así el peso del ritualismo y dando prevalencia al querer sobre lo que se proyecta en la realidad (ALZATE, 2009; p. 39), como en efecto se reconoció en el artículo 1134 del Código de Napoleón.

En este contexto, que pudiéramos calificar como clásico, la formación del contrato consistía en un acto instantáneo, porque, en algún momento del iter contractual deben confluir una oferta y una aceptación, como expresión de la voluntad (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 2001; p. 309), teniendo las partes plena libertad para fijar las condiciones negociales y tutelar sus intereses de acuerdo con sus necesidades.

La expansión industrial y el desarrollo capitalista provocaron una masificación de los vínculos contractuales (MÉLICH, 2001; p. 343). Ello supuso repensar el contrato como un instrumento para el tráfico económico (GHERSI, 1998; p. 7 y 8), dando una mayor relevancia al contenido económico sobre el moral: se extienden los contratos de adhesión como nueva forma en que surgen al mundo jurídico los negocios, de suerte que los consumidores deben adherirse a las formas preestablecidas por el productor o comercializador (GAUDEMET, 2007; p. 48 y 49).

Empero, la predisposición rápidamente se vio acompañada de un abuso por parte de los productores, quienes vieron allí la oportunidad de establecer condiciones negociales favorecedoras de sus intereses, en desmedro de los derechos de los usuarios finales, lo que promovió la acción decidida del Estado para garantizar un

mínimo de equidad en este tipo de relaciones, dando lugar al derecho del consumo y, en particular, a un cúmulo de reglas especialmente diseñadas para los contratos celebrados entre estos sujetos, cuyas características escapan a la concepción clásica y reclaman para sí una nueva teoría contractual.

En este documento se buscará dar cuenta de la teoría contractual clásica, asentada en los supuestos de la plena autonomía de la voluntad y la igualdad de los sujetos negociales, mostrando su insuficiencia para explicar los fenómenos económicos derivados del proceso de masificación de las relaciones comerciales.

Asimismo, nos acercaremos a los fundamentos del contrato de consumo, como particular forma contemporánea que escapa a los estrechos marcos de la contratación paritaria y haremos una breve descripción de sus principales características, acercándonos a algunos aspectos del iter contractual, sin pretender agotarlas o hacer un estudio a profundidad, pues ello conllevaría un esfuerzo que excede el alcance de este documento.

2. EL CONTRATO Y SU VISIÓN CLÁSICA.

El contrato, en su devenir histórico (siglos III a. C. a XIX d. C.), pasó de un extremo ritualismo, según el cual el contrato nacía con el simple cumplimiento de una formalidad y al margen del querer de los intervinientes, a un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad (TAMAYO LOMBANA, 1997; p. 125) como prerrequisito para la creación de obligaciones (ALZATE, 2009; p. 39).

Así, en el derecho romano no se tenía una conceptualización sobre la “voluntad” o el “consentimiento”, pues lo relevante del contrato no consistía en la forma en que nacía a la vida jurídica, esto es, los pasos requeridos para que pudiera considerarse como fuente de obligaciones, ya que se partía del supuesto de que para ello debía agotarse la ritualidad o formalismo señalado en la ley, sino la relación en sí misma creada (RESCIGNO, 2001; p. 93). Por ello, la atención de los romanos se centró en la eficacia jurídica de algunos contratos o pactos, así como las acciones que tenían las partes para asegurar su cumplimiento (ESPITIA GARZÓN, 2009; p. 103).

Sólo con la aceptación de los contratos consensuales, en el derecho romano clásico (s. III a. C. – inicios s. IV d. C.), se reconoció que los contratantes podrían comprometerse con su mera voluntad, siempre que ello se hiciera en el marco de contratos de compraventa, arrendamiento, sociedad o mandato, pues allí no se requería de fórmulas verbales o rituales (ESPITIA GARZÓN, 2009; p. 229). Adviértase que se trataba de una facultad muy limitada, pues no era dable crear cualquier contrato con la mera voluntad, sino solamente aquellos a los que se les reconoció dicho rango (VALENCIA RESTREPO, 2008; p. 526).

El concepto “autonomía de la voluntad” únicamente adquirió el peso que es universalmente admitido a partir de la Revolución Francesa (LAFONT PIANETTA, 2011; p. 205), y concretamente en el Código de Napoleón (VALLEJO MEJIA, 1992; p. 21), pues allí las doctrinas liberales e individualistas encontraron el espacio para afirmar que

el individuo, considerado en un plano de igualdad frente a los demás, tiene plena libertad para obligarse, siendo responsable de lo pactado (ALESSANDRI, 2009; p.11).

El negocio jurídico y, en particular, el contrato, de acuerdo con esta teoría, se asientan sobre la facultad otorgada a las personas para regular sus relaciones mutuas dentro de los más amplios límites (LARENZ, 1978; p. 55), la cual constituye un requisito sine quo non para su nacimiento a la vida jurídica, constituyéndose en un poder jurigéneo para la creación de normas o reglas subjetivas, paralelas o simbióticas con las estatales (VALLEJO MEJÍA, 1992; p. 83).

Es claro, entonces, que el negocio tiene una base que se torna en subjetiva, en el sentido de que lo más valioso es la “...*representación mental existente al concluir el negocio...*” (LARENZ, 1978; p. 37), con independencia de la calidad del sujeto que se hace dicha representación, esto es, de sus condiciones subjetivas. De allí que adquieran vitalidad los principios del “pacta sunt servada” y la “primacía de la voluntad psicológica”, piezas claves de la teoría contractual clásica (SOTO COAGUILA, 2000; p. 380).

Y es que el principio del pacta sunt servanda sostiene que una vez se emite una voluntad su emisor debe someterse a lo dicho so pena de comprometer su responsabilidad, redimensionando de esta forma el valor moral de la palabra empeñada (MOSSET ITURRASPE, 1995; p. 326). Por supuesto, el carácter vinculante del contenido negocial “...*sin el acompañamiento o sanción del Orden Jurídico no podrá imponerse coactivamente en contrato del sujeto negocial que voluntariamente no lo actúe, lo cual significa que el sistema jurídico es necesario complemento, porque sólo con su presencia e intervención esta regla asume el status de ‘precepto jurídico’...*” (RAMÍREZ BAQUERO, 2007; p. 189), y es aquí donde aparece la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de lo pactado.

Pero si la voluntad es la esencia del contrato: ¿qué es la voluntad? A esta pregunta es posible encontrar dos respuestas: i) La que afirma que la voluntad es el querer que ha sido manifestado (teoría de la declaración); y ii) La que sostiene que la voluntad es el querer que constituye la intención que lleva a contratar (teoría psicológica o de la voluntad interna) (OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E., 2009; p.101).

La teoría clásica se inclinó por la idea de, si el negocio se asienta en la voluntad de los interesados, “...*lo que debe tomarse en cuenta es el acto psicológico de volición, pues se trata de otorgar efectos a la intención subjetiva de las partes...*” (GAUDEMET, 2007; p. 21). Luego, lo fundamental resulta ser el contenido de la declaración, que su forma exterior, debiéndosele dar prevalencia a la primera sobre la segunda; en otros términos, la forma en que se expresó la voluntad resulta accesoria a esta última, por lo que debe subordinarse a ella, en concreto, debe ceder en el evento de que haya una disconformidad (RESCIGNO 2001; p. 101).

Adviértase que en desarrollo de esta teoría no se efectuaron distinciones regulatoria en atención al poder de negociación de los sujetos vinculados por el

contrato, valga decirlo, entre relaciones paritarias o en plano de desigualdad, pues los sujetos contractual fueron tratados, estandarizados, con las mismas reglas, rediciendo con ello la complejidad del sistema y evitando discusiones conceptuales sobre la forma de regulación. *“...En la disciplina civilista, la codificación... habría tenido que configurar, por una parte, al sujeto único, con un eventual traslado de las distinciones, del sujeto al predicado de las proposiciones jurídicas... En buena cuenta, la denominada unidad del sujeto quizá parece poder realizarse sólo en presencia de un modelo social de extrema simplicidad...”*. (BATTISTA FERRI, 2002; pp. 70 y 71)

Esta tendencia se encuentra reconocida en nuestro Código Civil, pues en sus artículos 1502, 1602 y 1608 consagró la necesidad de una voluntad representativa para poder obligarse, el carácter obligatorio de los contratos válidamente celebrados por los interesados y la prevalencia de la intención común sobre el tenor de las palabras, con una única referencia al contrato de adhesión en el artículo 1624 que consagró la interpretación a favor del deudor.

3. FENÓMENOS INEXPLICADOS POR LA CONTRATACIÓN CLÁSICA.

El modelo clásico de contratación no tuvo en cuenta los fenómenos que con el devenir del tiempo han venido apareciendo, tales como la masificación de las relaciones económicas y la consagración de contratos de adhesión y condiciones generales de contratación, lo que vino a torpedear los cimientos clásicos y reclamar para sí una nueva teoría contractual. Advierte el insigne tratadista Eugene Gaudemet (2007; p. 48) que *“...el desarrollo económico y social ha dado origen a casos en los cuales resulta difícil aplicación (de la teoría clásica). Ello explica que... haya aparecido recientemente una nueva teoría, todavía incierta, conocida bajo el nombre de teoría de los contratos de adhesión...”* (Paréntesis fuera del texto original).

3.1 Masificación de las relaciones económicas.

El proceso de globalización y la apertura de los mercados, así como el apetito de los grandes productores por conquistar el mercado mundial, ha provocado un crecimiento insospechado en el número de relaciones entre productores y consumidores (DUQUE, 2008; p. 461 y 462). Y es que *“...la instauración de la sociedad de masas trajo consecuencias muy importantes, que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera: aumento de las expectativas de alcanzar un mejor nivel de vida y de acceder a bienes y servicios por parte de sectores que hasta entonces habían permanecido marginados; y finalmente, el fenómeno del consumismo...”* (VALLESPINOS, 2010; p. 153).

La proliferación de productos y el ahorro de tiempos de producción, derivados de la industrialización y la estandarización de procedimientos técnicos o tecnológicos, así como la necesidad de lograr un aumento en el volumen de colocación, llevaron a que se incentivara el consumo a través de estrategias publicitarias y de la creación de necesidades sociales (REZZÓNICO, 1987; p. 73), con el consecuentemente aumento en el número de transacciones, siendo el contrato la forma que por excelencia permite este intercambio de bienes y servicios (PINZÓN, 2010; p. 39 ss).

Empero, la autonomía de voluntad, tal como se pensó en la contratación clásica, resultó ser poco funcional a este nuevo esquema, pues la agilidad requerida para alcanzar un gran volumen de operaciones no es armónica con la posibilidad de discutir el contenido negocial, por lo que se planteó la necesidad de su superación o, en el peor de los casos, la supresión del mismo contrato. *“...No faltó quien señalara (como hasta hoy) que el contrato había entrado en crisis; que la masificación de las relaciones económicas había echado por los suelos la igualdad y el trato paritario que se presumía en las partes al celebrar un negocio jurídico... El contrato se había masificado, las relaciones pasaban, una tras otras, como cortes de tela o prendas de vestir facturadas por la misma máquina. Sólo quedaba espacio para aceptar o no esta nueva forma de acceso a los bienes y servicios ofertados por las empresas en el mercado: take it or leave it, mermándose la libertad y la igualdad tan pregonadas por el consensualismo que precedió a la Codificación...”*. (VEGA MERE, 2001; p. 533). Así, *“...los fenómenos de masificación que congregan a conjuntos numerosos de individuos anónimos constituyen ante todo una realidad que está delante de nosotros y por tanto una realidad que está delante de nosotros y por tanto que no se puede dejar de admitir, pero -además- comportan un hecho inevitable e irreversible. Ello, naturalmente, trae consecuencias: ‘los causes e instrumentos del derecho tradicional, pensados en función de la ideal y casi romántica bilateralidad -afirma Díez-Picazo- chirrían y la máquina no funciona’...”* (REZZÓNICO, 1987; p. 3).

El sujeto de des-personifica para considerarlo integrado a una masa amorfa que carece de identidad y en la cual lo fundamental está dado por la adquisición de bienes y servicios (DE LOS MOZOS, 2000; p. 195), la cual debe operar sin ningún tipo de reflexión o discusión: adhiriéndose a las condiciones preestablecidas por el productor, importar o distribuidos (CÁCERES CORRALES, 2011; p. 42).

Aparecen así los contratos por o de adhesión.

3.2 Contratos de adhesión.

¿Qué son los contratos de adhesión? De acuerdo con la doctrina más aceptada se entiende por contratos de adhesión aquel en el que una parte dispone las condiciones de la futura relación, dejando únicamente a la otra la facultad de aceptar o rechazar el negocio (VALLESPINOS, 2010; p. 312).

El primero en utilizar esta denominación fue Saleilles (ALESSANDRI, 2009; p. 40), bajo el entendido de que a una de las partes únicamente le queda la opción de adherirse al contrato propuesto por el otro, o abstenerse de contratar: *“...Hay pretendidos contratos que no tienen de contratos, sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer (a los) que se les podría llamar contratos por adhesión... hay el predominio exclusivo de una sola voluntad, o como voluntad unilateral, que dicta su ley, no ya a un individuo, sino a una colectividad indeterminada y que se obliga de antemano unilateralmente, sobre la adhesión de los que quisieron aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre sí mismo...”*(RUBIEL, 1997; p. 55).

La adhesión, entonces, supone la negación misma de la autonomía de la voluntad, pues suprime la posibilidad de convenir libremente las condiciones del negocio, al dejar su definición en una sola de las partes con la capacidad de imponerlas al otro. Por ello autores como Néstor de Buen Lozano (1986; p. 289) advierten que *“...en la adhesión faltaría, en rigor, el acuerdo de voluntades, y además no se produciría la posibilidad de establecer modalidades, cuya cualidad es elemento esencial en la contratación... En el caso, además, y particularmente por lo que hace al consentimiento, es indiscutible que éste está condicionado por un indiscutible estado de necesidad...”*.

Por ello, a comienzos del siglo XX se consideró el contrato de adhesión como una manifestación de voluntad unilateral, en tanto la presencia del adherente no es necesaria (LARROUMET, 1999; p. 211). Luego, *“...no podrá decirse que como en el contrato de tipo clásico, tengan por fundamento el acuerdo de voluntades. No hay acuerdo sino en el punto principal; en el resto hay más bien yuxtaposición de dos declaraciones unilaterales de voluntad...”* (GAUDEMET, 2007; p. 49), llegándose a la conclusión de que estos contratos no son verdaderos contrato (SILVA-RUIZ, 2001; p. 43 y 44).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de septiembre de 1947 acogió esta posición indicando: *“...No es que la Sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas de tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de la contratación... En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como: dicen los autores, ‘puesto que una de las partes emitiendo una voluntad reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación más que un papel pasivo’...”* (ARRUBLA, 2006).

Contemporáneamente es un punto común que los contratos de adhesión, a pesar de la forma de perfeccionamiento, son verdaderos contratos, pues supone

3.3 Condiciones generales de contratación.

Menos radicales son las condiciones generales de contratación (contratos masa o assenvertrag), pues constituyen instrumentos ideados por los grandes productores de bienes y servicios para regular, de forma homogénea, un sinnúmero de contratos que serán celebrados en un futuro, sin que haya lugar a discusión alguna sobre su contenido o sobre su aplicación a determinados sujetos (REZZÓNICO, 1987; p. 92), pues son diseñadas precisamente para regular de forma des-personalizada un conjunto infinito de operaciones que tienen mínimas diferencias (SOTO COAGUILA, 2000; p. 573).

A pesar de la perfecta afinidad de las condiciones generales de contratación y los contratos por adhesión, no es posible su identificación, pues las primeras son estipulaciones con vocación universal que pretenden incorporarse a instrumentos

contractuales para establecer su contenido y el régimen de las obligaciones de las partes, mientras que los segundos son vínculos concretos que pueden ser realizados a la medida o a los que se incluyen las condiciones generales (VALLESPINOS, 2010; p. 252).

El autor Ricardo Durán Vinazco señala que *“...decir adhesión es ver la posibilidad de ser un contrato aislado; en cambio cuando hablamos de contrato estándar nos referimos a contratos que se realizan en masa, está preelaborado y generalmente ya se encuentra impreso...”* (BONIVENTO y LAFONT, 2011; p. 110)

Adicionalmente, las condiciones generales constituyen un marco común que puede ser objeto de complementación por los interesados a través de un mínimo proceso de negociación, mientras que en la adhesión ya están definidas todas las condiciones, como bien lo señala el tratadista Manuel De la Puente y Lavalle (2001; p. 313 y 314.): *“...pronto se advirtió que la masa de personas estaba compuesta por individuos con necesidades similares, pero no iguales, lo que requería una cierta diferenciación en los contratos. Para satisfacer este requerimiento se idearon las cláusulas generales de contratación, que constituyen una feliz combinación de los contratos por adhesión y los contratos paritarios...”*.

Dentro de este nuevo contexto se pone en evidencia la necesidad de reconsiderar el alcance de la autonomía de la voluntad, pues en algunos casos no tiene la aptitud para fundar la existencia del negocio jurídico, sino que ésta se presenta por la satisfacción de una necesidad o la aceptación de unas condiciones que, las más de las veces, ni siquiera son objeto de conocimiento real y efectivo. *“...Bien ha hecho notar Puig Brutau que existen actualmente una serie de conflictos de intereses que plantean problemas que surgen en el terreno asignado tradicionalmente al derecho contractual, pero sin responder a su más auténtico fundamento: a través de una estructura o apariencia contractual... se pretende encauzar una actividad que implica la tentativa de ejercer dominación o poder. Ello motiva que Puig Brutau -siguiendo ideas de Commons y Llewellyn- proponga un nuevo derecho contractual con base en un poder de negociación concurrente, con precios basados en la razonabilidad y no en fuerzas naturales y con efectiva equivalencia de las prestaciones...”*. (REZZÓNICO, 1987; p. 356)

4. EL CONTRATO CONTEMPORÁNEO.

La nueva visión del contrato hunde sus raíces en el cambio de paradigma del estado de derecho al estado social de derecho (CASTRO ROJAS, 2011, p. 81 y 82), y en la idea de que, aún en una economía de mercado, es necesario evitar la explotación del hombre por el hombre, *“...El contrato es un conjunto de derechos que convergen hacia un fin común (la ‘pequeña sociedad’ de la que habla Demogue). A esto le corresponde la idea actual de colaboración entre las partes...”* (JAUFFRET SPINOSI, 2007; p. 45.), siendo indispensable que el contrato tenga un papel activo en este nuevo escenario (DE BUEN LOZANO, 1986; p. 85).

Ello condujo al planteamiento de dos tipos de teorías “valorativas” sobre el contrato:

- (i) Las autónomas, basadas una maximización de la libertad individual y la protección de la propiedad, las cuales rechazan valores provenientes de la moral diferentes de la libertad de elección. Así “...las teorías autónomas del contrato se inclinan por ser fuertes teorías del liberalismo individual. La utilización en estas teorías de la autonomía es esencialmente un sinónimo de la libertad individual (EISENBERG, 2007; p. 224); y las teorías basadas en las preferencias, en las cuales se propugna por el reconocimiento de un valor económico y moral del contrato, a través del juego de incentivos y desincentivos en la negociación, de suerte que, en el más extremo de sus polos, el beneficio económico es visto como una real demanda de justicia. “...no ha tomado el contrato como un acto abstracto, que extraería su fuerza de la voluntad, aunque esta voluntad recayera sobre un objeto ilícito o estuviera inspirada en un deseo inmoral, sino, todo lo contrario, puede cuentas a las partes de sus motivos, escruta sus intenciones, relaciona el contrato con el fin que lo ha determinado, y se niega a permitir que se consume el pensamiento culpable...” (RIPERT, 1941; p.40)
- (ii) Sólo a partir de esta dicotomía podemos ubicar el contrato contemporáneo: una tensión entre (i) la libertad de contratación y contractual y (ii) la búsqueda de una justicia contractual, con una pérdida de importancia de la autonomía privada, para entrar a proteger a ciertas personas que se encuentran en una situación de desventaja frente a su contraparte, como sucede con los consumidores.

Ello explica por qué algunos autores hablan de un nuevo contrato que se sobrepone al clásico y sobre sus bases “...otros valores emergen y se imponen al lado del consensualismo, del respeto de la palabra dada y de la exigencia de previsibilidad: la proporcionalidad de las obligaciones, la perennidad del vínculo contractual, van subiendo progresivamente al mismo nivel, sobre todo porque no son en nada ajenas a la figura del contrato: tan solo desarrollan una concepción del contrato diferente en algunos puntos de la que prevalecía a comienzos del siglo XIX...” (REVET, 2007; p. 130).

El contrato contemporáneo, entonces, se rige por unas reglas y características propias, incluyendo el reconocimiento de la objetividad contractual y la pérdida de importancia de la autonomía de la voluntad, sin que ello suponga su supresión, con figuras tales como la admisión de la predisposición de las condiciones contractuales, el renacimiento del formalismo para algunos negocios, la protección de la parte que carece del poder de negociación (bargaining power), la interpretación contra proferentem y a favor del deudor, la maximización de los deberes secundarios de conducta y la intervención directa del Estado con la prohibición de las cláusulas abusivas (DUQUE PÉREZ, 2008; p. 468).

Es menester advertir que la teoría contemporánea del contrato se encuentra en proceso de formación y es muy difícil ubicarla en un momento histórico determinado, pero sí constituye un piso común el que se hable de una nueva teoría o de un nuevo concepto de contrato, soportado en los siguientes rasgos comunes:

- Redimensión del principio de la autonomía de la voluntad o de la autonomía privada, para admitir que en la actualidad no se exige una completa libertad de contratación y libertad contractual, sino que bastará con la primera para que se entienda que el sujeto puede autorregular sus intereses.
- Conciliación de la libertad contractual con elementos morales tales como la justicia y la equidad en las relaciones sociales (RIPERT, 1941), para establecer límites al abuso del contratante con mayor poder (CALEGARI DE GROSSO, 2000, p. 335).
- Reconocimiento del valor normativo de las condiciones o cláusulas generales de contratación, las cuales son impuestas por una de las partes a la otra, suprimiéndose de esta forma el proceso de negociación (SILVA-RUIZ, 2001).
- Supresión de la etapa de negociación, pues una de las partes contractuales se abrogó la posibilidad de definir el contenido contractual y la otra, en una posición de debilidad, no tiene facultad diferente a tomarlo (take it) o dejarlo (leave it) (CALEGARI DE GROSSO, 2000, p. 329).
- Intervención directa del Estado (vía legislativa, administrativa o judicial) en las estipulaciones contractuales, para restarle eficacia a aquellas que impliquen una excesiva desproporción a favor de una de las partes contractuales en desmedro de aquellas que carecen de poder de negociación (SOTO COAGUILA, 2000; p.566).

Todos estos nuevos elementos pueden integrarse perfectamente a la noción del contrato de consumo, pues ésta constituye una de las expresiones más acabadas de la contratación contemporánea, al punto de que, para algunos, es la síntesis de la nueva teoría contractual (VEGA MERE, 2001).

5. EL DERECHO DEL CONSUMO Y LA PUBLICITACIÓN DEL CONTRATO.

En el siglo XX, amén de los desarrollos advertidos en el 2 *supra*, cobró visibilidad un sujeto antes desdibujado detrás de la pretensión de estandarizar el régimen normativo: el consumidor, esto es, la persona que adquiere para sí o para su círculo familiar, bienes o servicios, sin la finalidad de reintroducirlos al circuito económico, y, junto a él, el contrato de consumo (VEGA MERE, 2001; p. 630). La razón de ello estuvo en que, por la cada vez más fuerte posición de los productores, distribuidores o importadores, fue necesario entrar a proteger a la parte débil de la relación, misión que únicamente podía ser acometida por el Estado.

Fue el paso del tiempo el que permitió “...advertir la profunda desigualdad práctica entre los contratantes, lo que permite a uno, el fuerte, imponer los términos y condiciones del contrato, en tanto que el otro debe limitarse a aceptarlos si tiene necesidad del bien o servicio que el primero suministra. Frente a esta realidad insoslayable, la normatividad y la jurisprudencia han introducido modificaciones importantes encaminadas a limitar los poderes omnímodos del contratante poderoso y a proteger al débil...” (SUESCUN, 2003; p. 235).

Luego, se desarrolló un orden jurídico encaminado a brindar unos derechos especiales a favor del consumidor y a cargo del productor, proveedor o importador, advirtiéndose que tienen una naturaleza diferente a las reglas privadas (SOTO COAGUILA, 2000; p. 417), pues se les dotó de fuerza imperativa, de suerte que su desconocimiento estuviera proscrito.

Este derecho demanda respuestas sustanciales y procesales novedosas, que permitan superar los estrechos contornos de la visión clásica, para permearse por un espíritu de equidad y justicia, en atención a que no es un derecho de élite, sino con una marcada tendencia social (VALLESPINOS, 2010; p. 154), expresadas en claros instrumentos de intervención tales como la defensa del consumidor, un aumento de las cargas de los profesionales, el establecimiento de reglas especiales de interpretación, la estructuración de un régimen de cláusulas abusivas (SUESCUN, 2003; p. 235), agravación de la responsabilidad del fabricante, mayor represión de la publicidad engañosa y creación de ligas de consumidores (ARRUBLA, 2006; p. 88).

Y es que, si bien se conserva el supuesto de la igualdad jurídica entre los contratantes, lo cierto es que entre el productor y el consumidor, las más de las veces, hay evidentes desigualdades económicas y, fundamentalmente, de poder de negociación, lo que se traduce en que aquél cuenta con una mayor información sobre el bien o servicio, así como su funcionalidad, mientras que el consumidor es un desinformado que busca satisfacer una necesidad para lo cual únicamente puede aceptar las condiciones a él impuestas (FIERRO MÉNDEZ, 2011; p. 59).

Para lograr los fines atribuidos al derecho del consumo fue necesario introducirse al concepto mismo de contrato y darle una fisonomía particular, basada en una intervención directa del Estado a través de reglas especiales, así como amplias facultades a autoridades administrativas y judiciales que les permitieran corregir los excesos en que pudiera incurrir el productor, proveedor o importador. Se manifiesta así la publicitación del contrato, en el sentido de que este negocio deja a un lado el tinte eminentemente individualista que lo caracterizó durante su evolución histórica, para atribuírsele una finalidad social, la cual se superpone a los intereses de las partes (SOTO Y MOSSET, 2009; p. 21 y 38).

Por ello, el tratadista FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA (1995; p. 43) afirma que el contrato no puede reducirse a un instrumento para garantizar la transferencia de bienes o servicios, sino que debe asumir una finalidad colectiva o social, para lo cual resulta indispensable que el Estado intervenga para proteger el bien común y amparar únicamente aquellas formas que permitan un desenvolvimiento integral del individuo.

Luego, el contrato de consumo se encuentra especialmente sometido a la intervención estatal, en orden a salvaguardar los intereses de los consumidores, calidad que tienen todos los integrantes de la sociedad.

6. EL CONTRATO DE CONSUMO Y SUS ELEMENTOS.

6.1. Concepto.

Haciendo una interpretación integral de la Ley 1480 de 2011, podemos definir el contrato de consumo es aquel vínculo jurídico especialmente protegido entre un vendedor, suministrante (o su equivalente) o prestador de servicios intelectuales o materiales, y un consumidor, en virtud del cual el primero se obliga a entregarle un producto, transferirle un bien o prestarle un servicio, a este último, para su consumo, a cambio de una remuneración o precio, en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad.

Obsérvese que los siguientes son los rasgos característicos de esta clase de contratos:

(i) La contratación de consumo no puede calificarse como un tipo contractual diferente de los contratos civiles o comerciales, pues realmente es una aplicación de los contratos de compraventa, suministro, arrendamientos de servicios o de obra. Empero, constituye una modalidad de contratación que tiene características propias, pues se busca la protección del consumidor (VEGA MERE, 2001; p. 632).

Llámesse la atención sobre el hecho de que no sólo la compraventa es el tipo contractual empleado para viabilizar este tipo de relaciones, como a primera vista podría pensarse, sino que es comprensiva de otros tipos, en atención a que la Ley 1480 es aplicable a todo bien o servicio transado en las relaciones de consumo (Art.2). Más aún, al referirse a la garantía legal (Arts. 7 y 10) establece una distinción entre aquellos contratos en que deba responderse por la calidad de un bien, correspondientes a la compraventa o suministro (o su equivalente jurídico-económico), y en los que se presta un servicio, correspondiente al arrendamiento de servicios o de obra.

(ii) Una de las partes de la relación negocial debe ser un consumidor, bajo el entendido de que adquiere el producto, no para utilizarlo como parte del proceso productivo, sino como destinatario final.

(iii) El vendedor (productor, proveedor, distribuidor, concesionario, franquiciado, agente o importador) o arrendatario de servicios (intelectuales o materiales) es la otra parte del vínculo negocial, y es el encargado de entregarle el bien o prestarle el servicio al consumidor.

(iv) El contrato recae sobre bienes o servicios estandarizados que deben satisfacer unas determinadas condiciones materiales o un estándar mínimo de calidad, que permitan colmar la expectativa negocial del consumidor, so pena de que entre a operar una garantía a cargo del vendedor o arrendatario de servicios (Paterson; p.631).

(v) La masividad de las relaciones es un eje de este tipo de vinculaciones, pues su vocación es permitir la celebración de un sinnúmero de contratos con una variedad de consumidores, de suerte que todos ellos se sujeten a las mismas condiciones.

El contrato de consumo, entonces, se diferencia del contrato civil o comercial por la calidad de las partes vinculadas, derivándose de allí una serie de prerrogativas y de consecuencias a favor del consumidor, las cuales son extrañas en otros ámbitos del derecho (VEGA MERE, 2001; p. 631). Asimismo, en esta modalidad de contratación son extraños los acuerdos negociados entre las partes, pues la regla general es que utilizan condiciones generales de contratación para permitir la ágil y masiva realización de operaciones de comercio, lo que no es común en materia civil y comercial.

6.2. Características:

Son características de esta modalidad de contratación las siguientes:

(i) Vínculo no paritario:

Clásicamente se consideró que en los contratos de consumo resultaba indispensable proteger al consumidor, ya que se encontraba en una situación de debilidad económica y jurídica frente al productor, correspondiendo al derecho intervenir para restablecer el equilibrio y evitar abusos de la posición contractual dominante, más aún bajo la consideración de que la celebración del contrato está condicionada a la aceptación de las condiciones generales de contratación dispuestas por aquél (FARINA, 1999; p. 258).

Por ello, tratadistas como ESTIGARRIBIA BIERER (2008; p. 228) aseveran que en los contratos de consumo es normal que exista una parte experta, quien es la que se obliga a suministrar el bien o producto, y otra profana o débil, que carece de la experiencia necesaria para garantizar la adecuada protección de sus derechos, siendo éste el rasgo que explica esta modalidad de contratación.

En el mismo sentido el autor ALTERINI (1999; p.153), refiriéndose a los contratos de consumo, asevera que la ratio legis de la protección está dada por “...*la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales... El V Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1997) recomendó que, en el ámbito del MERCOSUR, sea consagrado el principio de ‘reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor’, como pauta ‘del sistema de protección’...*”.

En Colombia el tratadista SANTOS BALLESTEROS (2011; p. 328), sumándose a esta tendencia, advierte que “...*las concretas exigencias del tráfico jurídico en el ámbito del consumo exigen un plus de protección que se origina en situación de desequilibrio contractual del consumidor frente al empresario o productor o prestador masivo de bienes y servicios...*”.

Empero, la realidad muestra que, si bien la regla general es que el consumidor es la parte débil de la relación, lo cierto es que no siempre tiene tal condición, pues es dable que se encuentre en un plano de igualdad o aún de superioridad sobre el proveedor, a pesar de lo cual debe contar con los instrumentos de protección connaturales a las relaciones de consumo.

Piénsese por ejemplo en la adquisición que efectúa un gran hipermercado de implementos de oficina a una pyme: aquí la parte débil de la relación realmente sería la pequeña empresa, pues el hipermercado cuenta con toda la capacidad económica y jurídica, sin embargo, debe garantizarse que los bienes suministrados cumplan unas condiciones de calidad e idoneidad mínimas.

Por ello, autores como DE LA PUENTE Y LAVALLE (2001; p.326), sostienen que no debe considerarse como característica de los contratos de consumo la existencia de una parte débil, ya que *“...lo que caracteriza al consumidor es ser el destinatario final de los bienes o servicios suministrados...”* y *“...La protección que necesita el consumidor o usuario es respecto de los derechos inherentes a su calidad de tal...”*, porque *“...la protección de los derechos del consumidor no es necesariamente contra actos del proveedor, sino que está orientada, en realidad, a garantizar que los bienes o servicios que adquiera el consumidor sean idóneos para su consumo final de éste...”*.

Otros doctrinantes, como REZZONICO (1987; p. 31 y 32) aseveran que la protección al consumidor debe darse, no por el hecho de que exista una parte débil, sino por la presencia de actos de consumición. *“...Así, un contrato puede significar solamente un asunto personal: una cláusula frente a una persona ignorante, ingenua, falta de educación mínima, no tendrá el mismo efecto -por lo menos en cuanto al conocimiento- que opuesta a una persona culta o, mejor aún, en relación a un técnico. Ello lleva a otorgar al juez según las circunstancias particulares poderes de reajuste o revisión del contrato... Pero la consumición también puede ser un asunto grupal con ciertos rasgos de colectivización de los intereses, lo que puede implicar conjuntamente la colectivización de las sanciones...”* (REZZÓNICO, 1987; p.37).

Somos partidarios de las teorías contemporáneas, en el sentido de que el contrato de consumo merece una especial protección, no por la debilidad de una de las partes, sino por el simple hecho del consumo, pues toda persona que adquiere bienes y servicios como destinatario final requiere una especial protección en punto a las calidades y condiciones de los productos que recibe, ante la imposibilidad de acceder a toda la información que está en manos del productor (PATERSON; p. 256 y 257), más aún, bajo la consideración de que el acto de consumo así como el peso subjetivo que tiene la publicidad y las consecuencias que de ello se derivan.

(ii) De autonomía de la voluntad reducida:

En el contrato de consumo el adquirente del bien o servicio tiene una autonomía de la voluntad reducida, pues la misma se reduce a la posibilidad de aceptar o rechazar la celebración del contrato, esto es, a la libertad de contratación (MESSINEO, 1952; p. 441), con una excepcional posibilidad de negociación de los elementos esenciales del contrato (las características propias del negocio que se celebra), por lo que no puede hablarse de una verdadera libertad de fijación del contenido negocial o libertad contractual.

Para que este mínimo de libertad sea efectivo el Estado tomó en sus manos la protección de los consumidores, garantizándoles que su decisión de contratar o no sea

adoptada teniendo a su disposición todos los elementos (información), incluyendo el acceso a las condiciones generales de contratación que regirán la relación, y sin verse influenciado por publicidad engañosa, la cual fue proscrita con una regulación específica, como se analizará más adelante.

Se concluye, entonces, que el contrato de consumo no es expresión de la autonomía de voluntad de las partes entendida en términos clásicos, sino de una redimensionada autonomía, donde basta la existencia de la posibilidad de elegir si se contrata o no, y lo demás se deja en manos de la adhesión a vínculos predispuestos por una de las partes, como se analizará al estudiar esta característica.

(iii) De buena fe estricta:

En estos contratos tiene especial peso el principio de la buena fe, pues éste tiene una amplia injerencia en todas las fases del iter contractual, básicamente por que el consumidor confía en el profesionalismo de su proveedor y tiene que basarse en esa creencia para poder actuar en el mercado. Más aún, si se tiene en cuenta que debe sujetarse a condiciones generales de contratación las cuales le resultan imperativas sin posibilidad de negociación, por lo que no puede verse asaltado en la convicción que tiene de que sus derechos no serán objeto de burla.

Al respecto, ESTIGARRIBIA BIERER (2008; p. 229), refiriéndose al contrato de consumo, insiste en que “...*En ellos resulta con mayor rigor la conducta de Buena Fe por parte del productor de bienes o prestador de servicio, atento la disparidad de fuerzas en la negociación habida entre los intervinientes...*”.

En virtud de este principio el consumidor es protegido en la confianza que depositó en el productor, en el sentido que la apariencia por él creada le resulta oponible y, por tanto, lo obliga (VALLESPINOS, 2010; p. 173), como sucede con la publicidad y las listas públicas de precios, pues la información aquí contenida, siempre que sea específica, resulta imperativa y pasa a integrar el contenido contractual, al margen de que el proveedor pretenda desconocerla posteriormente.

Adicionalmente, la buena fe establece un límite al contenido del contrato, restándole eficacia a una serie de estipulaciones que desnaturalizan el vínculo y provocan una excesiva desproporción en las cargas que asumen el proveedor y el consumidor, conocidas como cláusulas abusivas, arbitrarias, mañosas o leoninas (EMILIANI, 2001; p. 38).

Se entiende que son cláusula abusivas “...*las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios...*” (DURÁN RIVACOBA, 2000; p. 454), esto es, aquellas que minen la equivalencia o proporcionalidad de las prestaciones, en el sentido de que en el contrato se imponen cargas excesivas e injustificadas al consumidor en comparación con las obligaciones del productor.

En este sentido el artículo 42 de la Ley 1480 señala que son “...cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos...”.

Adviértase que la abusividad debe evaluarse considerando todas las circunstancias relevantes del contrato y el contexto integral de las cargas asumidas por el consumidor y el proveedor, ya que un análisis particular de cada una de las cláusulas podría arrojar que algunas de ellas son abusivas, desconociendo que ésta situación se encuentra plenamente justificada por la existencia restricciones o concesiones en otras cláusulas. Por ello el artículo 42 ibídem dispuso que “...Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza...”.

Por ello, la abusividad no puede predicarse de la forma en que fueron negociadas las cláusulas, sino de su contenido y el contexto integral del contrato. Luego, el hecho de que una cláusula sea negociada no excluye su naturaleza abusiva, siempre que se imponga un gravamen injustificado para una de ellas (DURÁN RIVACOBÁ, 2000; p. 469), así como tampoco pueden calificarse de abusivas todas las cláusulas predisuestas por el productor.

Si se incluyeren cláusulas abusivas en un determinado contrato de consumo, la ley las califica de ineficaces de pleno derecho, esto es, las priva de todos los efectos jurídicos, sin requerir para ello de declaración judicial y sin perjuicio de que sea necesario acudir a la vía judicial o administrativa para precisar los derechos y obligaciones resultantes para cada una de las partes. Esta ineficacia se refiere exclusivamente a las cláusulas y no a la totalidad del contrato, por lo que éste conservará su carácter obligatorio y seguirá produciendo efectos jurídicos, suprimidas las consecuencias negativas de las cláusulas abusivas (Art. 44 de la Ley 1480).

Aunque estas cláusulas sean de común utilización o de uso reiterativo en los contratos de consumo o entre sujetos determinados, en ningún evento pueden adquirir la condición de usos o costumbres, pues por su naturaleza se les priva de eficacia (ALTERINI y LÓPEZ, 2000; p. 365). Luego, no será posible que el productor alegue su incorporación en un determinado contrato o su validez, bajo el argumento de que hacen parte de una práctica general o de que son normales en un determinado tipo de transacción, ya que ello no les afecta su carácter de abusivas.

El control de las cláusulas abusivas puede hacerse de forma genérica o a través de listas negras o listas grises (CALEGARI DE GROSSO, 2000, p. 332). En el primero de los casos, la ley se limita a hacer una descripción general de qué debe entenderse por cláusulas abusivas y serán las autoridades competentes quienes, a través del desarrollo jurisprudencial, señalen el catálogo de las mismas. Las listas negras son enumeraciones taxativas de conductas que, por su propia naturaleza, se consideran abusivas. Y finalmente, las listas grises son catálogos enunciativos de estipulaciones abusivas, las cuales pueden ser adicionadas con nuevos comportamientos que encajen dentro del concepto general de abusividad.

En Colombia, en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480, se incluyó una definición general de abusividad y un catálogo de catorce (14) conductas calificadas como ineficaces de pleno derecho, reflejo de del modelo de la lista gris, pues nada obsta para que cláusulas, diferentes a las incluidas en el catálogo, puedan ser consideradas abusivas por cumplir los supuestos señalados en la definición de abusividad.

(iv) Neoformalista:

Si bien el principio general en materia del consumo, en aplicación del artículo 824 del Código de Comercio, es la naturaleza consensual del contrato, en el sentido de que es suficiente el acuerdo de voluntades sobre el producto y el precio para que el contrato nazca a la vida jurídica y obligue a los sujetos que en él intervienen, lo cierto es que contemporáneamente ha tomado nuevamente fuerza la idea de la formalidad como mecanismo para proteger los derechos de los consumidores (ALTERINI, 1999; p. 21) y por ello se habla del Neoformalismo.

¿Qué es el Neformalismo? Puede entenderse como el renacimiento de la exigencia de la formalidad en el proceso de celebración de los contratos, la cual se traduce en la necesidad de que las condiciones generales de contratación consten por escrito, bien sea en papel o en sitio web del empresario, así como el formulario que permite la celebración de las operaciones, de suerte que sean fácilmente accesibles al consumidor y éste pueda comprender el alcance de la operación celebrada. Pueden estar, entonces, en escritos, carteles, prospectos, sitios web, circulares, etc., siempre que estén disponibles para su consulta (FARINA, 1999; p. 65).

El tratadista VALLESPINOS (2010; p. 171) asevera que “...*Advertimos un resurgir del formalismo contractual en esta materia, como vía adecuada para asegurar el cumplimiento de la obligación de información que pesa sobre el profesional y que debe ser suministrada por escrito; o para proteger al consumidor frente a formas atípicas de comercialización...*”.

En materia de consumo el Neoformalismo se expresa en las condiciones generales de contratación, las cuales deben recogerse de forma escrita, pues de otra forma no se cumpliría con la exigencia establecida en el artículo 37 de la Ley 1480, en el sentido de que dichas condiciones deben ser informadas de forma suficiente, anticipada y expresa por el productor al consumidor.

¿Cómo garantizar que se conozca un catálogo de disposiciones que regirán relaciones masivas sino es por escrito? Sería impracticable que el proveedor, de forma verbal y para cada una de las operaciones, pusiera al tanto a los consumidores sobre las condiciones que las regirán, pues ello impediría el tráfico masivo de bienes y servicios, dando al traste con la agilidad requerida para este comercio.

Se trata no de una mera ritualidad o forma carente de sentido, la cual se estima contraria al contrato contemporáneo, sino de una formalidad plenamente justificada y que busca brindar los insumos necesarios para que el consumidor pueda emitir un

consentimiento informado y plenamente reflexivo, salvaguardándose los intereses de la comunidad (CORDOBERA GONZÁLEZ, 2001; p. 78).

(v) De adhesión:

Los contratos de consumo, por su propia naturaleza, están pensados para estructurarse a través de formularios predispuestos, que constituyen “...la *plantilla sobre la cual serán celebrados los contratos futuros...*”. “...*Por lo común el fabricante, o el intermediario, predisponen el contenido del contrato y suministran una plantilla tipo a través de formularios que incluyen condiciones generales, o las implican; de notas de pedido preimpresas que el cliente se limita a llenar; etcétera...*” (ALTERINI, 1999; p. 127). Estos formularios presentan las siguientes características:

- El formulario está redactado de forma des-personalizada y general (JIMENEZ VARGAS, 2000; p. 519), pues su finalidad es que pueda ser empleado por el productor para establecer una relación con cualquier tipo de consumidores (STIGLITZ; p. 31), sin consideración a condiciones subjetivas de ningún tipo.
- El consumidor puede conocer, de forma previa a la celebración del contrato, las reglas que lo regirán, para lo cual le bastará acceder a las condiciones generales dispuestas por el productor en sus establecimientos de comercio, físicos o virtuales (sitio web).
- Desaparece la posibilidad de negociar las cláusulas negociales, pues las mismas resultan impuestas a través de condiciones generales de contratación, sin que sea posible su modificación, alteración o supresión. Por ello corresponderá al consumidor, en caso de que desee celebrar el contrato, aceptarlas, bajo la idea de que su rechazo provocará la imposibilidad de celebrar el acuerdo negocial (FARINA, 1999; p. 65).
- Las condiciones generales de contratación se adhieren, físicamente o por remisión (SOTO COAGUILA, 2000; p. 577), al formulario pre-impreso o pre-elaborado por el productor, por lo que para la celebración del negocio bastará que se llenen algunos datos generales en la proforma.
- El formulario, que en sí mismo tiene una naturaleza imperativa, permite la negociación de los elementos propios del contrato, tales como el precio, el objeto, las expensas o las coberturas (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 2001; p. 322), más no de las reglas que regirán la relación, pues éstas, valga la pena reiterarlo, se regulan por las condiciones generales de contratación. Las cláusulas especiales son objeto de negociación especial pues aquí el proveedor no tiene el interés de imponer su decisión (MESSINEO, 1952; p. 443). Y es que “...*las condiciones generales y los contratos de adhesión se implican mutuamente; mientras las primeras predeterminan unilateralmente el contenido de los futuros contratos de adhesión, éstos concretan las condiciones generales en las singulares relaciones entabladas entre la empresa y los adherentes...*” (SILVA-RUIZ, 2001; p. 56).

En todo caso, cuando las partes convengan una disposición especial en relación con las condiciones generales de contratación, bien sea porque se acuerda una modificación parcial de éstas o porque el vínculo tiene unas especificidades que imponen un tratamiento peculiar, es claro que las cláusulas convenidas tienen prevalencia sobre las prerredactadas, por la simple razón de que son expresión de un verdadero consentimiento y de la libertad contractual. Por ello, las cláusulas manuscritas o mecanografiadas al costado, anverso, reverso o encima de las condiciones generales, tienen preeminencia sobre la proforma, aunque contraríen lo dispuesto en ésta o resulten incompatibles con la misma (KEMELMAJER, 2008; p. 75).

Claro está, nada se opone a que el contrato sea de libre discusión, cuando se trata de bienes o servicios realizados a la medida, eventos en los cuales sí puede darse el proceso de negociación para fijar las condiciones de la operación. Sin embargo, corresponderán al menor número de operación y a medida que aumente la negociación se reducirá la intervención del Estado en punto a la protección del consumidor.

(vi) Típico.

El contrato de consumo, como categoría contractual, tiene un régimen normativo especial que está recogido en el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, el cual tiene la condición de norma de orden público, haciendo que no sea posible pactar en contra de lo allí dispuesto, salvo que el mismo Estatuto así lo permita. Lógicamente, en virtud del artículo 4 de la Constitución Política, tienen primacía las normas constitucionales y la doctrina constitucional vinculante.

Los vacíos de este régimen especial deben ser llenados con las normas imperativas y supletivas civiles y comerciales, dependiendo de la naturaleza del régimen normativo, así como por las estipulaciones de las partes acordadas al momento de la adquisición del bien o servicio. En materia procesal, las lagunas se solventarán recurriendo a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Gráficamente el régimen normativo es el siguiente:



(vii) Oneroso, conmutativo, principal, de ejecución instantánea o tracto sucesivo.

El contrato de consumo es oneroso porque tanto el proveedor como el consumidor gravan su patrimonio en virtud del vínculo obligacional. El primero, con el bien o servicio que debe poner a disposición del segundo, y éste con el pago de una remuneración. Empero, nada obsta para que el vínculo sea gratuito, como cuando el producto es entregado por el proveedor sin contraprestación alguna a su favor, caso en el cual siguen siendo aplicables las reglas que amparan al consumidor, como expresamente lo dispone el artículo 33 de la Ley 1480.

Y es que el hecho de que se provea un bien o un servicio de forma gratuita, en manera alguna exime al productor de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad que el consumidor espera del mismo, teniendo que responder en caso de que actúe de una forma diferente.

Adicionalmente y por regla general, estos contratos son conmutativos, en el sentido de que las partes conocen el alcance de sus prestaciones y las mismas se entienden equivalentes, por implicar sacrificios que se consideran análogos. En todo caso, aunque el proveedor señale precios reducidos, en virtud de promociones u ofertas, ello no afectará la naturaleza del contrato y, por el contrario, le resultan plenamente aplicables las normas del estatuto del consumidor, según lo dispuso nuestro legislador en el Artículo 33 de la Ley 1480: *“Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley...”*.

El contrato es principal en el entendido de que no requiere de otro para nacer a la vida jurídica, ni aun de la existencia del producto que constituye su objeto, pues se sujeta a las reglas generales dispuestas sobre el particular en materia de obligaciones civiles y mercantiles. Más aún, puede darse el caso de que a este contrato accedan otros, como el de mutuo o de prenda, cuando supone la financiación del precio, sin que ello cambie su condición. Sin embargo, en este último caso, corresponderá al proveedor que funge como mutuante cumplir con las siguientes reglas especiales:

- Revelar, de forma previa a la celebración del contrato, las reglas que regirán el mutuo concedido, incluyendo los aspectos relativos a las condiciones de la financiación y la forma de pago. Así, es menester que indique con precisión y claridad el interés de plazo y moratorio que será cobrado, el cual no podrá superar los límites sobre usura o lesión enorme (artículo 884 del Código de Comercio). El interés deberá mostrarse en tasas efectivas anuales, y no en tasas nominales, lo cual facilitará la comparación por parte del consumidor.

Asimismo, la corresponde al proveedor mostrar el detalle de los pagos a efectuar, indicando las fechas en que deberán cancelarse las cuotas y el monto de las mismas, para lo cual resulta fundamental que haga la proyección del crédito, no sin desconocerse que, en los eventos en que se utilicen tasas variables, el valor de la cuota

estará sujeta a los cambios de las tasas de mercado, por lo que la proyección será meramente indicativa.

- Cuando vaya a realizar cobros en virtud del crédito, tales como estudios de crédito, seguros o el otorgamiento de otras garantías, deberá advertir esta circunstancia al consumidor de forma íntegra y clara de forma previa a la celebración del contrato, indicando los conceptos adicionales que serán cobrados y estimando razonablemente su valor.
- *“Liquidar si es del caso los intereses moratorios únicamente sobre las cuotas atrasadas”* (numeral 3 del artículo 45 de la Ley 1480).

Esta norma seguramente generará muchas discusiones, pues de su redacción se pueden inferir, por lo menos, dos (2) interpretaciones diferentes: (i) Una prohibición al establecimiento de cláusulas aceleratorias, en el sentido de que nunca será posible que haya cobro de intereses moratorios sobre las cuotas que no se habían causado, sino solamente sobre las que ya eran exigibles; o (ii) Una restricción al cobro de intereses moratorios sobre cuotas que aún no se consideran causadas, sin perjuicio de que las partes puedan declarar de plazo vencido la totalidad de la obligación a través de un pacto aceleratorio en los casos en que no se pague una sola cuota.

En aplicación del principio de la conservación del derecho, me inclino por la primera de las interpretaciones, pues la segunda no aportaría nada al estado actual sobre la materia, pues la regulación vigente ya establecía que en ausencia de estipulación aceleratoria no es posible cobrar intereses moratorios sobre el monto total de la obligación. Art. 17. Sin embargo, tal interpretación constituye un desincentivo para que los proveedores financien directamente el precio de sus operaciones, al crearse una diferenciación injustificada con las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, las cuales sí podrían incluir este tipo de cláusulas en sus contratos y no los proveedores.

- La financiación, en tratándose de bienes muebles de uso doméstico, no puede implicar una diferencia en el valor del producto en comparación con las compras efectuadas de contado, pues el proveedor deberá garantizar que haya igualdad de precios entre estas compraventas, sin perjuicio de los valores derivados de la financiación misma, como expresamente lo establece el artículo 83 de la Ley 1480. Recuérdese que los consumidores tienen el derecho a ser tratados equitativamente y sin discriminación, Numeral 1.12. del artículo 3 de la Ley 1480, por lo que no es dable introducir modificaciones a partir de la forma en que se paga el precio de la operación.

Sin embargo, esta restricción no opera para otra clase de bienes, en los cuales será posible establecer precios diferenciados, como sucede en los vehículos automotores o aún productos de la canasta básica, pues aquí la financiación puede ser un factor clave al momento de establecer el precio final y eventuales descuentos sobre el valor base de lista.

Finalmente, el contrato de consumo es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo dependiendo del contrato típico que sirve de fundamento a la relación. Así, en tratándose de una compraventa o de prestaciones de servicios asimiladas a ésta, se considerará que es ejecución instantánea porque sus prestaciones son susceptibles de agotarse en un único momento. Mientras que el arrendamiento de servicios propiamente dicho y el suministro, son contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo y no son susceptibles de extinguirse en un único instante.

6.3. Elementos:

Para que nazca a la vida jurídica un contrato de consumo, en aplicación del artículo 1502 del Código Civil, se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) Capacidad de las partes; (ii) Consentimiento; (iii) Objeto lícito; (iv) Causa lícita; y (v) Precio. Adviértase que no constituyen elementos de este contrato la existencia de una garantía legal, la prohibición de cláusulas abusivas, la adecuada información o la proscripción de publicidad engañosa, pues éstas son consecuencias regulatorias del hecho de haberse configurado el contrato, sin que se requiera pacto o convenio de las partes sobre el particular. A continuación analizaremos cada uno de estos elementos:

(i) Capacidad:

En toda relación de consumo interviene, básicamente, el vendedor o prestador del servicio y el consumidor, quienes son los sujetos que manifiesta su voluntad para perfeccionar el vínculo jurídico. El productor, cuando es diferente del proveedor, es un tercero relativo pues, si bien no es parte del contrato, sí puede resultar afectado por el mismo en virtud de la responsabilidad solidaria que asume por la adecuada información y la calidad, seguridad e idoneidad de los productos.

Y es que nada obsta para que las calidades de productor y proveedor coincidan en una misma persona, lo que cada vez será más exótico en mercados ampliamente diferenciados y especializados, o que las mismas se bifurquen por la intervención de un intermediario entre el productor y el consumidor, el cual puede actuar por su propia cuenta y riesgos o en la del productor, pero en ambos casos se obligará directamente.

Productor, acorde con el numeral 9 del artículo 5 de la Ley 1480, será toda persona que “...de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos...” incluyéndose de esta forma a la persona que realiza materialmente el bien o presta el servicio, pero también a la persona que lo introduce o ensambla en el país.

¿Qué debemos entender por proveedor? La Ley 1480 nos priva de una definición legal, pero el significado común de la palabra se refiere a la persona que suministra un bien o servicio, lo que incluye, sin limitarse a las siguientes personas: distribuidor, concesionario, suministrante, agente comercial, mandatario con o sin representación,

comisionista y franquiciado, pues todos ellos pueden ejercer labores de colocación de productos en los consumidores, por cuenta y riesgo propio, o por cuenta y riesgo ajeno.

El tratadista VALLESPINOS (2010; p. 163) indica que el proveedor “...*involucra a todos los que intervienen profesionalmente, inclusive en forma ocasional, en la producción, importación, distribución y comercialización de bienes y servicios a consumidores y usuarios...*”.

Para efectos del derecho del consumo, la ley asimiló o equiparó las calidades de productor y proveedor, en asuntos tales como las condiciones que debe tener el producto (artículo 6), la garantía legal (artículo 7), el régimen de responsabilidad (artículos 10 y 20), deber de información (artículo 19 y 23), emisión de la prueba de la celebración del contrato (artículo 27), entre otros aspectos, por lo que, si bien tienen calidades jurídicas diferentes, lo cierto es que la ley les unificó su régimen de responsabilidad en relación con los consumidores.

El consumidor, en una visión amplia, es toda persona que contrata con un productor y se encuentra en un plano de sometimiento al mismo, con independencia de cuál sea la finalidad de la adquisición y la calidad del adquirente (VALLESPINOS, 2010; p. 155). En una visión restringida el consumo sólo se produce cuando se adquiere un bien o servicio para un uso doméstico, esto es, para atender necesidades privadas o familiares, sin incorporar o utilizar dichos bienes o servicios en la reproducción de la cadena productiva: se excluyen a las personas jurídicas y a las personas físicas dentro del ámbito de su empresa (VALLESPINOS, 2010; p. 156). La visión intermedia sostiene que, es consumidor, toda persona natural o jurídica que adquiere bienes y servicios sin realizar una actividad empresarial o profesional, esto es, con fines ajenos a su actividad profesional (MÉLICH, 2001; p. 339). “...*Consumidor es la persona, individual o jurídica, ubicada al agotarse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio. Lo que significa que quedan excluidos del concepto el consumidor industrial o revendedor, ya que se hallan en el mercado en un nivel similar, o próximo, al del fabricante, y computen entre sí...*” (STIGLITZ, p. 16).

En Colombia se adoptó la posición intermedia, pues se definió al consumidor en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480, como “...*Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, disfrute o utilice un determinado producto cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica...*”.

Consumidor es, entonces, la persona que adquiere el producto para su utilización final, esto es, sin incluirlo dentro del tráfico económico o en desarrollo de una cadena productiva, con independencia de que sea una persona natural o jurídica, o el tipo de producto adquirido. Por ello cualquier persona, natural o jurídica, de derecho privado o derecho público, con o sin ánimo de lucro, tiene la aptitud de ser un consumidor, siendo destinatarios de la especial protección del Estado.

Tanto el productor como el consumidor deben ser plenamente capaces, pues deben tener capacidad de goce y de ejercicio, así como la plena disposición de los

bienes que constituirán el objeto del contrato. Recuérdese que la regla general es que toda persona natural mayor de 18 años se considera capaz, salvo aquellas que la ley declara incapaces (Art. 1503 Código Civil); y que las personas jurídicas son capaces atendiendo a su objeto social principal y secundario (Art. 99 Código de Comercio).

Para efectos de la Ley 1480 los niños, niñas y adolescentes pueden tener la calidad de consumidores, siempre que actúen como contraparte del productor o proveedor, y sin perjuicio de las reglas civiles y comerciales en materia de mandato. Sin embargo, cuando se trate de ventas por medios digitales, el proveedor deberá tomar medidas para verificar la edad del adquirente y, en caso de encontrar que es un menor de edad, será menester que deje constancia de la autorización emitida por los representantes legales para la realización de las transacciones, tal como lo prescribe el artículo 52.

Tales medidas pueden consistir en preguntas de verificación, la obligatoriedad de incluir un documento de identificación válido o cualquier otra estrategia que busque la misma finalidad, considerando que, en todo caso, el productor o proveedor debe confiar en la veracidad de la información que le es suministrada y no puede exigírsele un comportamiento extraordinario.

(ii) Consentimiento:

En el contrato de consumo el consentimiento se logra con el acuerdo de voluntades entre el productor y el consumidor, en punto a los elementos esenciales del contrato: producto y precio, así como en la adhesión de este último a las condiciones generales de contratación dispuestas por aquél, las cuales, como ya se indicó, pasan a regular los aspectos centrales de la relación jurídica.

En los contratos entre presentes, valga decirlo, con la concurrencia física del productor o proveedor y el consumidor, o a través del contacto verbal directo, la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, siguiendo las reglas generales. Asimismo, se permite que el contrato nazca a la vida jurídica a través de conductas socialmente típicas, esto es, comportamientos que por su propia naturaleza evidencian la existencia de un vínculo negocial, aunque se carezca de voluntad para ello (SOTO COAGUILA, 2000; p. 413), como sucede con la utilización de máquinas dispensadoras o la colocación de un vehículo en una zona de parqueo.

Para los contratos a distancia, “...*sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico...*”, Numeral 16 del artículo 5 de la Ley 1480, es fundamental que la voluntad sea revelada expresamente, sin que pueda inferirse de la inacción o el silencio del consumidor.

Al respecto, el artículo 35 de la Ley 1480 prescribe: “*Cuando el consumidor no haya aceptado expresamente el ofrecimiento de un producto, queda prohibido establecer o renovar dicho ofrecimiento, si este le genera un costo al consumidor...*”. Por ello, la remisión de un producto por el proveedor, sin el previo requerimiento del

consumidor, en manera alguna podrá considerarse como un contrato, aunque este último omita su devolución o no efectúe actos de conservación, ya que aquí faltó su expresión de voluntad.

En el mismo sentido el artículo 50 *ibídem*, relativo al comercio electrónico, prohíbe la inclusión de disposiciones contractuales que presuman la voluntad del consumidor a partir de su silencio, cuando ello le genere erogaciones o le imponga obligaciones adicionales.

Luego, a pesar de que el consumidor y el proveedor hayan acordado en esta clase de contratos, expresamente, que el silencio equivale a aceptación, esta estipulación carece de completa eficacia si con la misma se imponen gravámenes para el consumidor, ya que, se insiste, en estos casos se requiere una manifestación de voluntad expresa, pues de lo contrario se promovería la inclusión de estas cláusulas en las condiciones generales de contratación para evadir el cumplimiento del estatuto del consumidor.

De otro lado, adviértase que la adhesión a las condiciones generales de contratación es un acto solemne, en atención a que corresponde al proveedor dejar una constancia escrita de la aceptación por parte del consumidor, según lo dispone el artículo 39 de la Ley 1480, de lo cual podrá dejarse indicación en el documento en que conste la operación de consumo o en un documento separado. Esta misma exigencia deberá satisfacerse en materia de contratos a distancia y por medios especiales, según el artículo 49.

Téngase en cuenta que, en el extrañísimo caso de que el contrato de consumo sea de libre discusión, se excluye la presencia de condiciones generales de contratación y la adhesión a las mismas, por lo que, por sustracción de materia, no será necesaria la emisión de la certificación.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que, la adecuada manifestación de voluntad por parte del consumidor, exige del proveedor o productor un suministro suficiente y adecuado de información, para permitir que aquél tome una decisión debidamente informada (ALZATE, 2009; p. 258), libre de cualquier error que pueda conducir a la nulidad del contrato o, eventualmente, comprometer la responsabilidad del productor.

Y es que nada se opone a que el consumidor pueda alegar dolo o error (Art. 1508 del Código Civil), como vicios del consentimiento, en los eventos en que productor o proveedor hayan actuado con la intención positiva de inducirlo en error, o que hubiera celebrado el contrato por una falsa representación de la realidad, para lograr la invalidez del contrato celebrado (Art. 1740 del Código Civil).

Sin embargo, bajo la consideración de que los productor y proveedores “...serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente

*información...*¹, es claro que los consumidores pueden abstenerse de acudir al instituto de las nulidades para corregir los errores que llevaron a la celebración del contrato y, en su lugar, acudir a las acciones del derecho del consumo para exigir, no la invalidez del vínculo, sino la reparación de los perjuicios originados en la deficiente información suministrada.

Luego, si bien las reglas generales sobre los vicios del consentimiento resultan plenamente aplicables a los contratos de consumo, lo cierto es que su aplicación puede resultar gravosa para los consumidores en comparación con las acciones especiales consagradas para proteger sus derechos, pues estas últimas se surten por un proceso especial y con unas reglas procesales simplificadas, siendo aconsejable que se busque hacer uso de éstas y sólo, excepcionalmente, del régimen general.

Por último, no está demás llamar la atención sobre el hecho de que, en virtud de los artículos 847 y 848 del Código de Comercio, las ofertas que el proveedor realice a los consumidores sólo lo obligan en el evento de que cumplan con los siguientes requisitos:

- Están dirigidas a una o varias personas determinadas y son lo suficientemente precisas como para inferir la voluntad de contratar, como cuando en las circulares, prospectos o cualquier especie de propaganda escrita, se incluye la advertencia de que son obligatorias; o
- Están dirigidas a personas indeterminadas a través de la exposición de los productos a través de vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos, con indicación precisa del precio;

Sin embargo, en tratándose de promociones u ofertas, en materia de consumo, el artículo 33 de la Ley 1480 modificó el régimen general, imponiéndoles un carácter obligatorio general a las ofertas aunque no se dirijan a personas determinadas, bajo el entendido de que las mismas vinculan al productor o proveedor desde el momento en que se publiquen y hasta la fecha señalada de vigencia, se agote la existencia o se revoque la oferta. Luego, la oferta al público relativa a una promoción debe entenderse como vinculante, por regla general, aunque no se indique el término de vigencia, hasta tanto no se haya revocada o no se cumplan las condiciones objetivas señaladas en la misma oferta, modificándose de forma tácita el régimen del Código de Comercio.

(iii) Objeto lícito:

El objeto del contrato de consumo son los bienes o servicios que son proveídos o prestados por el productor o proveedor y que constituyen la razón de ser del contrato. Los bienes a los que se hace referencia son muebles o inmuebles, nuevos o usados, en condiciones normales de funcionamiento, imperfectos, reparados, remanufacturados o repotencializados. Los servicios son intelectuales o materiales, de reparación o para la satisfacción de una prestación diferente. Todos ellos a condición de que se provean

¹ Artículo 23 de la Ley 1480.

para la satisfacción de necesidades personales, familiares o industriales, en su condición de destinatarios finales de los mismos.

De acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley 1480 los bienes o servicios, con independencia de su naturaleza, deben satisfacer las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad connaturales al producto, valga decirlo, debe cumplir con las características o condiciones que son inherentes al mismo y las atribuidas por el productor en la información referida a él; debe tener la aptitud para satisfacer la necesidad que dio lugar a su elaboración o prestación; y no puede presentar riesgos irrazonables para la salud o integridad del consumidor.

Téngase en cuenta que estas calidades se evaluarán considerando los criterios técnicos y sanitarios que son aplicables al respectivo producto, según los reglamentos dispuestos por la autoridad competente, las prácticas del mercado o la naturaleza misma del producto, sin que en ningún caso puedan ser inferiores a las previsiones técnicas impuestas por el Estado.

La falta de conformidad del producto constituye un incumplimiento de las obligaciones del productor o proveedor, y pueda dar lugar a tres (3) diferentes clases de medidas o acciones, a saber:

- a) Administrativa ante la entidad de supervisión, quien podrá imponer sanciones, consistentes en multas, cierre temporal o definitivo de establecimientos de comercio, prohibición temporal o definitiva de producción o prestación del servicio, o la orden de destrucción de un producto, para reprimir el comportamiento indebido del productor y el desconocimiento de sus deberes legales o contractuales;
- b) Garantía legal del productor o proveedor por el producto defectuoso, incluyendo su reparación, sustitución o el reembolso del valor pagado por el mismo, siguiendo las reglas especiales del derecho del consumo; y
- c) Acción de responsabilidad civil por los daños causados por el producto defectuoso al consumidor, considerando las reglas de la responsabilidad objetiva.

(iv) Causa lícita:

La causa del contrato es la satisfacción de la necesidad que dio lugar al diseño y producción del bien o servicio, atendiendo a la naturaleza del producto, a los especiales requerimientos del consumidor o a las exigencias técnicas.

Sin embargo, la falta de satisfacción de estas exigencias, en lugar de dar lugar a la acción de nulidad, conducirá a la procedencia de las acciones derivadas de la falta de conformidad a que hicimos referencia en el numeral anterior, pues necesariamente está vinculada con la ausencia de condiciones de calidad, idoneidad y seguridad.

(v) Precio:

Se rige por las reglas generales según el tipo contractual que le sirva de fundamento al acto de consumo, pero en todos los casos deberá ser determinado o determinable, serio y real, y en dinero. No obstante, en materia de consumo hay unas reglas especiales que conviene tener en cuenta:

- El precio del bien o servicio deberá ser suministrado por el productor al consumidor o usuario de forma previa a la celebración del contrato (Art. 24 numeral 2), incluyendo todos los emolumentos, costos e impuestos (Art. 50), y en pesos colombianos, salvo que la Superintendencia de Industria y Comercio autorice su divulgación del precio en una moneda diferente (Art. 26);
- El valor deberá ser ópticamente visible para el consumidor a través de una revisión simple y en caso de que haya duplicidad de los mismos, solamente se estará obligado a pagar el menor de ellos;
- No puede incluir erogaciones adicionales por concepto de la garantía legal, ya que ella se entiende incorporada al precio del bien o servicio (Art. 5 numeral 5). Esta regla no es aplicable a las garantías suplementarias, el servicio técnico adicional, los estudios de crédito, seguros o transportes, los cuales sí pueden originar costos adicionales, los cuales deben revelarse al consumidor de forma previa a la celebración del negocio (Arts. 14,46 y 50);
- El Gobierno Nacional podrá intervenir los precios para fijar uno máximo, el cual será obligatorio para todos los productores, quienes deberán sujetarse a éste o fijar uno inferior. Si se establece uno superior se reducirá de pleno derecho al máximo (Art. 26);
- El establecimiento de un precio reducido o la ausencia de uno no restringe y ni afecta los derechos del consumidor (Art. 33); y
- Cuando se establezca el pago del precio a plazos, deberá permitirse al consumidor que efectúe pagos anticipados en cualquier momento, sin que ello genere el cobro de sanciones, ni de intereses no causados (Art. 82).

7. ITER CONTRACTUAL.

El contrato de consumo, como cualquier contrato, tiene un iter conformado por tres (3) estadios o etapas: precontractual, contractual y postcontractual, en cada una de las cuales hay rasgos y obligaciones característicos, que lo diferencian de otras modalidades contractuales, como se mostrará continuación, reiterándose la advertencia de que este estudio es introductorio y no tiene la pretensión de abordar todos los aspectos.

7.1 Etapa precontractual:

En este punto abordaremos dos (2) tópicos centrales de la etapa precontractual: los contratos predispuestos y los deberes secundarios de conducta que nacen en esta etapa, bajo la consideración de que aquí encontraremos el marco de actuación de las partes, sin perjuicio de que sea necesario, en un estudio posterior, profundizar en otros aspectos.

7.1.1. Contratos predispuestos.

Sea lo primero señalar que en la fase previa a la celebración del contrato no existe propiamente un período de negociaciones, pues éstas buscan suprimirse bajo la consideración de que aumentan los costos de transacción y, por ende, torpedean la masiva colocación de bienes y servicios.

Y es que si para cada operación se permitiera la negociación de sus condiciones, esto aumentaría de forma antieconómica los precios de los bienes y servicios, pues el productor tendría que destinar ingentes esfuerzos humanos, económicos y de tiempo para llegar a acuerdos particulares, costos que se trasladarían por vía del precio al consumidor, afectando con ello la competencia que se espera de una sociedad capitalista (JIMÉNEZ VARGAS, 2000; p. 533). Luego, la pre-ordenación de las formas contractuales se torna en un imperativo y en una necesidad.

Al respecto, GHERSI (1998; p. 450) sostiene:

“...A la ‘producción seriada’, le corresponde un ‘mercado masificado’, así conforman una ‘estructura’, y se necesita una ‘herramienta jurídica homogénea’ que regule la relación de la empresa productora de bienes y servicios (iguales) con los consumidores (indiferenciados).

En este contexto, no tendría sentido que cada ‘consumidor’ discutiera sus condiciones de acceso al bien o servicio ‘individualmente’, pues las formas y los “contenidos” del contrato resultarán iguales, por reflejo de la estructura de producción y consumo homogeneizado de los bienes y servicios. Esto no implica su aceptación lisa y llana: en su momento haremos las pertinentes objeciones...”.

En materia de consumo la predisposición se expresa de tres (3) diferentes formas: (i) Los contratos formulario; (ii) Las condiciones generales de contratación; y (iii) Los contratos de adhesión. Si bien ninguno de estos fenómenos puede ser calificado como un contrato en sí mismo, lo cierto es que son declaraciones o formas de perfeccionamiento que intervienen de forma directa en el nacimiento del vínculo, los cuales se proyectan desde la fase precontractual para permitir el acuerdo de voluntades.

Los formularios, como se indicó en el ordinal (v) del numeral 5.2. del presente escrito, son documentos que contienen la información básica de las partes y las reglas que regirán la relación comercial de consumo, las cuales se encuentran

prerredactadas y simplemente tienen unos espacios en blanco que serán utilizados por el productor para definir las reglas particulares del contrato que en concreto es celebrado.

Se caracteriza, entonces, porque:

- Tiene la vocación de utilizarse de forma masiva, pues está dispuesto para regular todas las relaciones que deban realizarse para la disposición del bien o servicio;
- La proforma está completamente diligencia salvo por algunos espacios blancos que se refieren al negocio que, en concreto, es celebrado con el consumidor, los cuales sí son negociados por los interesados;
- El documento es firmado por el consumidor en señal de conformidad con la operación y el sometimiento a las condiciones generales de contratación dispuestas por el productor;
- En virtud del formulario el adherente se obliga a pagar un precio por el bien o producto, en dinero o con títulos valores representativos del mismo, a título de contraprestación (RAKOFF, 2006; p. 59 y 60); y
- El productor se encuentra representado por un funcionario encargado de la labor de colocación, quien se entiende que expresa la voluntad del empresario o, en su defecto, es un mandatario aparente.

Las condiciones generales de contratación fueron reconocidas en nuestra legislación en el artículo 37 de la Ley 1480, sin incluirse una definición de las mismas. Empero pueden entenderse como una serie de cláusulas que, con independencia de la persona que las haya redactado, se incorporan o integran los contratos individualmente celebrados, para regular las relaciones entre las partes (SOTO COAGUILA, 2000; p. 575). El tratadista SILVA-RUIZ (2001; p. 52) sostiene que “...se designan, como tales condiciones [o cláusulas generales de los contratos], 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 propone celebrar...”.

Las condiciones tienen las características que se describen:

- Están predisuestas por el proveedor, grupos de proveedores o la autoridad administrativa, ya que es posible que su confección no provenga directamente del productor, sino que sean expresión de una costumbre del grupo o gremio al cual se adscribe, o aún con la intervención directa del Estado por conducto de la autoridad competente, sin que por ello pierdan su naturaleza;
- Son imperativas, en el sentido de que no es posible su negociación por parte del consumidor, por lo que su libertad se encuentra limitada a aceptar o rechazar (SCHREIBER, 2000; p. 125);
- Adquieren imperatividad en la medida que su contenido sea integrado a un contrato celebrado entre el proveedor y el consumidor, la cual puede alcanzarse por la aceptación explícita que el consumidor haga de las mismas, o simplemente por su falta de oposición cuando sea advertido sobre la existencia de las condiciones

(LARENZ, 1978; p. 74). Con antelación a la incorporación serán simplemente una manifestación unilateral del predisponente, que hace parte de la etapa precontractual del futuro vínculo obligacional;

- Se encuentran redactadas de forma general e impersonal, en atención a su vocación claramente masiva (SOTO COAGUILA, 2000; p. 578); y
- Tienen vocación universal pues están dispuestas para integrar un número indeterminado de contratos, sin distingo de las calidades personales de los consumidores que adquirirán los bienes y servicios.

Los contratos de adhesión son una forma de celebración de los negocios y no un tipo contractual determinado. Se considera adhesivo un contrato cuando una de las partes define el contenido del vínculo y la otra sólo puede aceptarlo o rechazarlo dependiendo de su interés en celebrar o no el contrato, respectivamente (MESSINEO, 1952; p. 440).

Esta forma de perfeccionamiento tiene los siguientes rasgos distintivos:

- Cualquier tipo contractual puede nacer a la vida jurídica a través de la adhesión de una parte al modelo dispuesto por la otra, pues, se insiste, el contrato por adhesión no hace referencia al contenido del vínculo sino a su perfeccionamiento;
- El predisponente diseña el modelo contractual para un determinado vínculo o para una pluralidad de los mismos, por lo que puede presentarse tanto en materia de contratos de consumo, como en los contratos civiles y comerciales;
- Es expresión del poder económico de una parte sobre la otra, quien tiene la posibilidad de imponer las condiciones contractuales a la otra (EMILIANI, 2001; p. 129); y
- Suprimen la etapa precontractual, en atención a que no hay posibilidad de negociación entre las partes (ALESSANDRI, 2009; p. 40).

En la etapa previa a la celebración del contrato de consumo únicamente concurren las condiciones generales de contratación y los formularios pre-impresos, que son documentos que deben estar disponibles para que los consumidores puedan conocerlos y, a partir de ellos, tomar una decisión definitiva de adquisición del bien o servicio. Para lograr este cometido es indispensable que estén redactados en castellano, de forma concreta, clara y completa (MÉLICH, 2001; p. 354 y 355), con caracteres visibles y sin espacios en blanco, de suerte que sean de fácil lectura y que impidan su posterior modificación (Art. 37 Ley 1480). Si se incumplen estas cargas, como se indicó en precedencia, se tendrán por ineficaces las condiciones generales, sujetándose la relación a las reglas generales de obligaciones y contratos civiles y comerciales.

La inexistencia de los formularios y de las condiciones generales de contratación en manera alguna impide el nacimiento del contrato, pues los mismos son estrategias que buscan viabilizar el tráfico rápido de los bienes y servicios, sin que sean condición legal para el efecto. Sólo que un mercado eficiente no concibe sin estos insumos y

existiendo debe permitirse su consulta previa so pena de que, una vez celebrado el contrato, no sean oponibles a las partes.

Por ello la excepcionalidad serán los contratos de libre discusión, los cuales tendrán mucha más afinidad con los instrumentos civiles y comerciales que con los contratos de consumo.

7.1.2. Deberes secundarios de conducta:

En la etapa previa a la celebración del contrato de consumo, tanto el productor como el consumidor, asumen unas cargas de transparencia mínimas, orientadas a hacer efectiva la transacción. Estos deberes, que no alcanzan la condición de obligaciones contractuales², sí son de imperativa observancia, so pena de comprometer la responsabilidad de las partes y generar una eventual indemnización por los daños y perjuicios irrogados (HERRERA OSORIO y MAHECHA PULIDO, 2011; p. 21 y ss). Algunos de ellos son:

- **Información:**

El artículo 23 de la Ley 1480 prescribe que *“Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y... serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima deberá estar en castellano...”*.

Por información se entienden aquellos datos del bien o servicio que sean comprobables fácticamente, en cuanto tienen una relación con las condiciones objetivas de los mismos y que son susceptibles de prueba³. Estos datos serán claros cuando son de fácil entendimiento y acceso, de suerte que una persona normal pueda comprenderlos sin acudir a la ayuda de expertos o profesionales. De allí que se hable que deben ser comprensible.

La veracidad se refiere a la correspondencia de los datos con la realidad objetiva de las cosas y está directamente relacionada con la verificabilidad en la realidad⁴, en el

² *“...es preciso señalar que los citados deberes no pueden calificarse, en estricto sentido jurídico, como obligaciones originadas en un negocio jurídico, pues no se fundan en la autonomía de voluntad de los contratantes, así como tampoco constituyen vínculos jurídicos en torno a prestaciones de dar, hacer o no hacer que puedan dar lugar a acción de ejecución... En efecto... los deberes secundarios tienen su fuente en el proceso de integración del vínculo negocial, en particular, con el principio de la buena fe en su vertiente objetiva, por lo que su reconocimiento opera ipso iure, esto es, sin requerir de pacto expreso entre las partes. Esta situación es extraña a las obligaciones que surgen del negocio jurídico, pues la razón central de esta fuente es que los sujetos resulten vinculados por lo que han convenido de forma inequívoca o lo que, de forma expresa, impone la ley imperativa, esta situación no sucede en tratándose de los deberes secundarios, cuyo alcance debe determinarse acorde con el comportamiento que es esperable de un sujeto puesto en las mismas condiciones...”*. (HERRERA OSORIO Y MAHECHA PULIDO, 2011; p. 20)

³ Al respecto puede consultar la sentencia de la Corte Constitucional T-439 del 7 de julio de 2009.

⁴ Al respecto puede consultar la Sentencia de la Corte T-626 del 15 de agosto de 2007.

sentido de que debe ser posible probar fácticamente los datos que son suministrados por el proveedor, atendiendo las condiciones objetivas del bien o servicio.

La información es suficiente cuando se refiere a todas las condiciones relevantes del producto, así como a todos aquellos aspectos que tienen la aptitud de incidir en la decisión del consumidor. Incluye las especificaciones técnicas, de cantidad, peso o volumen, las contraindicaciones, los eventuales riesgos a la salud, la fecha de vencimiento para productos perecederos, las condiciones de operatividad, entre otros aspectos, los cuales pueden ser factor decisivo al momento de tomar una decisión de adquisición. Lógicamente, como se mencionó en el ordinal (v) del numeral 5.3. *supra*, dentro de estos datos debe estar el precio del bien, así como un detalle de los gastos en que podrá incurrir el consumidor por servicios adicionales (Art. 24 ley 1480).

La oportunidad se refiere al momento en que se suministra la información y esto debe hacerse desde el mismo momento en que el consumidor está realizando labores exploratorias para la futura adquisición del producto, esto es, desde la fase precontractual, pues es allí donde requiere acceder a todos los insumos que le permitan una decisión ajustada a sus necesidades.

La precisión hace referencia al suministro eficiente de la información: sólo deberá entregarse la información necesaria y en su justa proporción, de suerte que no se distraiga la atención del consumidor sobre aspectos que son irrelevantes o que lo dispersen sobre lo esencial. Carece de precisión la información que sea vaga o sobreabundante, pues ello impide que el consumidor pueda satisfacer sus necesidades informativas.

Es idónea aquella información que realmente tiene la aptitud de suministrar los datos que son requeridos por el consumidor, atendiendo a sus condiciones particulares y al contexto general de las transacciones. No será suficiente con suministrar un folleto con fórmulas matemáticas complejas, con planos o diseños abstractos, o que requiera de conocimientos técnicos para su comprensión, pues ello no es idóneo para una persona común, sin conocimientos especiales en la materia.

Por último, toda la información debe presentarse en castellano, rechazándose de esta forma la práctica del mercado de importar productos con instrucciones en otros idiomas. En estos casos, se impone la realización de una traducción en términos claros y comprensibles.

- ***Deber de claridad:***

Como se indicó en precedencia, las condiciones generales de contratación y los formularios deben ser redactadas de forma clara, precisa y visible, considerando las condiciones de una persona normal, un hombre de negocios normal. Esto es, se impone una escritura sencilla, considerando las particularidades del contexto en que actúa el productor, facilitando a los consumidores el acceso a la información (GARIBOTTO, 1991; p. 65).

La falta de claridad constituye un atentado a los deberes del productor y, con ocasión de ésta, puede verse obligado a reparar los perjuicios irrogados, si su omisión derivó en la celebración de un contrato con insuficiente información.

- **Deber de autoinformación:**

Corresponde a los consumidores, como sujetos activos de la relación de consumo, asumir una actitud responsable e interesada en las condiciones y características del bien o servicio, por lo que deben actuar de forma proactiva en la búsqueda y comprensión de la información que es puesta a su disposición, como expresamente lo dispone el numeral 2.2. del artículo 3 de la Ley 1480, al señalar que es un deber de los consumidores *“Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación”*.

Y es que el consumidor, desde el momento previo a la celebración del contrato, tiene la carga de autoinformarse que compromete su autorresponsabilidad, pues la falta de su cumplimiento puede generarle repercusiones negativas sin que pueda alegar responsabilidad a cargo del productor. Pero es que no debe olvidarse que nadie puede alegar su propia torpeza o culpa, por lo que las omisiones imputables al consumidor no comprometen al productor.

El tratadista EMILIO BETTI (2008; p. 103 y 104), refiriéndose a las cargas que asumen los contrayentes en un negocio jurídico, señaló:

“...Así, en el acto que da vida a un negocio jurídico, incumben a la parte una serie de cargas que... diremos de sagacidad. Le incumbe la de estar atenta a cuanto dice o hace; además la de conocer los términos y el significado de la declaración que emite, y representarse exactamente la situación de hecho sobre cuya base se determina el negocio... Se trata de una serie de precauciones, cuya observancia, en el caso concreto, vendría a preservar a la parte incauta el daño que una distinta eficacia del negocio, celebrado en aquellos términos, representaría para él...”

- **Deber de una adecuada publicidad:**

Los productores cautivan a los consumidores sensibilizándolos a nivel subjetivo, siendo *“...capaces incluso de cambiar los hábitos, gustos y hasta el criterio moral del público, masa inerme de sujetos anónimos...”* (DUQUE PÉREZ, 2008; p. 459), por lo que algunos autores se atreven a afirmar que se contrata por un verdadero estado de necesidad y no por una voluntad libre:

“...para el derecho moderno, de la figura del estado de necesidad es tan grande, que su puesto en juego requiere una revisión a fondo de toda la teoría del acto jurídico, al grado de que junto al hecho jurídico, ajeno a la voluntad humana, y al acto jurídico voluntario, puede y debe hablarse ya de una tercera categoría, la del acto jurídico necesario, en la que se englobaría a todas aquellas figuras a las que aún hoy se atribuye carácter contractual de manera ficticia... y que, en realidad, ya no encajan

dentro del acto jurídico que denominaremos voluntario, porque la voluntad ha dejado de ser, en ellos, un elemento esencial, para ser sustituida por la necesidad..." (DE BUEN LOZANO, 1986; p. 254).

Para proteger al consumidor de los efectos de las estrategias de marketing⁵ y de publicidad⁶, que tienen la virtualidad de generar necesidades sociales y pre-condicionar la voluntad del consumidor, el derecho del consumo reguló de forma especial la publicidad, imponiendo el productor o proveedor una serie de deberes previos a su realización y dotándola de una naturaleza jurídica antes impensada.

En primer lugar (i), en desarrollo del artículo 78 de la Constitución Política, se impuso a los productores que la publicidad corresponda a la realidad del producto y que permita, a los consumidores, la correcta toma de decisiones de adquisición, so pena de comprometer su responsabilidad (Art. 23 ley 1480).

Ya el anterior estatuto el consumidor, en sus artículos 14 y 15, había impuesto el deber de que la propaganda fuera veraz y suficiente, y que el producto visualizado correspondiera con aquel que es puesto en el mercado. A su vez la Ley 256, al señalar las conductas que son desleales en el mercado, impuso una serie de límites materiales a la publicidad, al punto de consagrar que los actos de comparación son contrarios a los sanos usos si se comparan bienes o servicios que no son comparables entre sí, o si se utilizan indicadores o aseveraciones incorrectas o falsas, u omiten afirmaciones verdaderas.

Pero las reglas sobre publicidad van mucho más allá, pues en algunos casos se exige la inclusión de advertencias o anotaciones que buscan llamar la atención de los consumidores y hacerlos conscientes de los riesgos que asumen al consumir un determinado bien o servicio, como sucede con los productos nocivos para la salud.

Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley 30 de 1986, sobre consumo de tabaco y sus derivados, prescribió que *"Todo empaque de cigarrillo o de tabaco, nacional o extranjero deberá llevar... la leyenda 'El tabaco es nocivo para la salud'"*, lo que constituye un llamado de atención sobre los efectos negativos de este producto. Adviértase que, a través de los artículos 14 y 16 de la Ley 1335 de 2009, se prohibió realizar actividades de publicidad sobre este tipo de productos y se impuso la carga de colocar, en los lugares de expendio, un aviso que advierta sobre la prohibición de enajenar este producto a menores de edad.

⁵ *"...El Marketing. Son los métodos, medios y técnicas de comercialización. Principalmente consisten en: estudios de mercado, utilización de una marca prestigiosa, publicidad sobre el plano nacional o regional y sobre el lugar de ventas, ventas promocionales y lanzamiento de productos nuevos..."*.(ARRUBLA, 2006; p. 338)

⁶ *"...la publicidad es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los inmuebles, los derechos y las obligaciones..."*. (LAFONT PIANETTA, 2005; p. 289)

Ello mismo ocurre en materia de bebidas alcohólicas, pues el artículo 16 de la Ley 30 de 1986 impuso que en las etiquetas de estos productos se incluya como leyenda *“El exceso de alcohol es perjudicial para la salud”*, como una advertencia sobre las consecuencias del exceso de su consumo. A su vez la Ley 124 de 1994 en los Artículos 1 y 3 dispuso que en toda publicidad efectuada sobre las bebidas alcohólicas debe advertirse que está prohibido *“...el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad”*. El Ministerio de Salud, a través de la Resolución No. 982 de 1994, prescribió que en las etiquetas de los productos debe incluirse la advertencia de que *“...es nocivo para la salud de los niños y de las mujeres embarazadas...”*.

En tratándose de productos que sean perjudiciales o dañinos para la salud humana, bien sea por su misma naturaleza o en razón de alguno de los componentes utilizados para su elaboración, resulta imprescindible que en la publicidad se advierta claramente esta circunstancia, de tal manera que los potenciales adquirentes tengan la aptitud de conocer esta circunstancia sin dificultad alguna. Ello no equivale a autorizar una irrestricta comercialización de estos productos, pues la regulación impuso al productor, como mecanismo para evitar la consumación de los daños, que precise las condiciones o indicaciones para su correcta utilización, así como las contraindicaciones que deben observarse por parte el consumidor, de lo cual deberá darse cuenta al momento de efectuar la publicidad del bien o servicio (Art. 31 ley 1480).

En segundo lugar (ii), el artículo 30 del estatuto del consumidor ratificó la prohibición de utilizar publicidad engañosa, esto es, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480, aquella *“...cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”*, so pena de que el productor y, eventualmente, el medio de comunicación, sean condenados de forma solidaria al pago de los perjuicios causados al consumidor. Esta posición ya había sido reconocida jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 13 de diciembre de 2001, admitiendo la procedencia de la acción de responsabilidad en los casos en que uno de los contratantes utilizara publicidad contraria la realidad:

“...Cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su consigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discutiría hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho a estar informado, y ojala bien informado...”.

El productor, siguiendo las reglas generales, responderá de forma objetiva, por el simple hecho de que la publicidad no satisfaga las expectativas del consumidor y lo induzca a contratar en una situación de error o confusión. Mientras que el medio de comunicación sólo responderá en los eventos en que se demuestre que actuó de forma dolosa o con culpa grave, esto es, si sabía que la promoción no correspondía con la realidad del producto o actuó de forma negligente y descuidada en la verificación de la información contenida en la publicidad (Art. 30 de la Ley 1480).

Por último (iii), las normas sobre consumo le reconocieron una naturaleza contractual a la publicidad, considerándola como parte integral del contrato y, por ende, haciendo que su contenido se tornara imperativo para el productor o proveedor (ALZATE HERNÁNDEZ, 2009; p. 255), bien sea en punto a las calidades del objeto o al marco de las obligaciones que asumirá en virtud del contrato, dependiendo si dicha publicidad se refiere a las características o condiciones del bien o servicio, las cuales pasarán a integrar el objeto mismo del contrato; o hace referencia a la funcionalidad o idoneidad del producto para satisfacer una necesidad, pues éstas constituirán parte de la causa que lleva al consumidor a adquirirlo; o tiene que ver con las responsabilidades que asume el productor o proveedor, pues éstas se incorporan al catálogo de deberes principales y secundarios de conducta a cargo de éste.

Así lo dispuso expresamente el artículo 29 de la Ley 1480, a saber: *“Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”*. Nuestro regulador fue claro en señalar que el carácter obligatorio de la publicidad únicamente se predica de las condiciones objetivas y específicas de los bienes o servicios, esto es, las características que pueden ser comprobadas directamente en el producto, excluyéndose por ende la vinculatoriedad de las menciones genéricas o de aquellas que buscan crear la necesidad de consumo o motivar la adquisición, así como todas las menciones fantasiosas.

Piénsese en el hecho de que un vendedor promueva la adquisición de un vehículo automotor con el argumento de mejorar el estatus social del adquirente y para ello muestra un automotor que tiene determinadas prestaciones técnicas. Es claro que lo primero no resulta obligatorio, pues se trata de una mención genérica y que carece de completa objetividad, pues un automotor no tiene la virtualidad, por sí mismo, de provocar un cambio positivo en las condiciones materiales de subsistencia. Por el contrario, las condiciones técnicas del vehículo sí son particulares y comprobables en el campo fáctico, por lo que las mismas podrían integrar el contrato.

Si el bien o servicio no llegare a satisfacer las condiciones señaladas en la publicidad, será deber del productor o proveedor indemnizar al consumidor por los perjuicios causados, sin perjuicio de que, en aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos, pueda alegarse una nulidad del contrato por dolo o error dirimente.

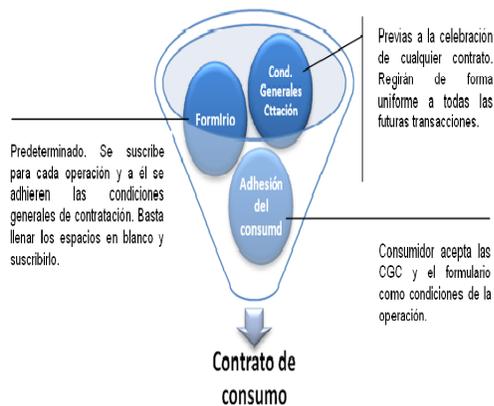
7.2 Etapa contractual:

En este acápite únicamente nos detendremos a analizar la forma en que el contrato nace a la vida jurídica y las principales obligaciones del productor y proveedor, por considerar que aquí radican los puntos de mayor interés, no sin advertir que estos aspectos requieren un estudio mucho más detallado, así como los demás vinculados a esta etapa del contrato.

7.2.1. Perfeccionamiento del contrato:

El contrato de consumo nace a la vida jurídica en el momento en que concurra la voluntad del productor o proveedor y del consumidor, sobre los elementos esenciales de la relación: precio y producto. La voluntad del productor se expresa a través de la predisposición de las condiciones materiales y jurídicas para la celebración del contrato, mientras que la del consumidor por medio de la adhesión al formulario y/o condiciones generales de contratación dispuestas por aquél (STIGLITZ, 2001; p. 151).

En este sentido, existe un consentimiento, entendido como el acuerdo de voluntades, expresado en la aceptación irrestricta que uno de los sujetos de la relación efectúa de las condiciones señaladas por el otro (SOTO COAGUILA, 2000; p. 573). Gráficamente se puede presentar de la siguiente manera:



La regla general es que, la aceptación de las condiciones generales de contratación, puede hacerse de forma expresa, tácita o por el mero silencio del consumidor, según lo prescribe el numeral 1 del artículo 37 de la Ley 1480. Expresamente, cuando el cliente emite una declaración de voluntad en el sentido de someterse a las mismas. De forma tácita, cuando de su comportamiento contractual puede deducirse dicha circunstancia, como cuando aduce a su favor lo dispuesto en dichas condiciones. Y con el silencio, cuando habiendo sido informado de forma suficiente y anticipada de su existencia, no manifiesta su rechazo a las mismas. Si no existe esta advertencia mínima, las condiciones serán ineficaces respecto a la relación contractual.

Excepcionalmente se quiere que la aceptación sea expresa, cuando se trata de ventas por métodos no tradicionales, valga decirlo, a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, pues en estos casos corresponde al productor o proveedor dejar prueba de la adhesión del consumidor, como lo indica expresamente el artículo 49 *ibidem*. En la práctica esto podrá hacerse a través de la suscripción de una constancia o documento, de la grabación de la llamada, o del establecimiento de un formulario electrónico que imponga esta manifestación en este sentido.

En todos los casos, es condición *sine qua non* para la eficacia de las condiciones generales de contratación que se encuentren efectivamente a disposición del consumidor, ya que no sería suficiente la afirmación de que existen, aunque las mismas

sean inaccesibles física o digitalmente, pues en estos casos se tendría que concluir que no hubo una información suficiente haciéndolas ineficaces para la relación en concreto. Igual consideración resulta aplicable a los casos en que las condiciones sean de muy difícil acceso, pues al consumidor únicamente podrá exigírsele que emplee una diligencia ordinaria en la consecución y lectura del clausulado, so pena de tenerlas por no reveladas. Por ello el tratadista Juan Carlos Garibotto (1991; p. 64) concluye que las condiciones generales de contratación “...sólo (son) eficaces si, al momento de la concertación, la otra parte las hubiese podido conocer empleando una diligencia normal...”.

Otro tanto sucede cuando las condiciones se redactan en un idioma extranjero, pues, tal como lo prescribe la norma ya referida, deben ser escritas en castellano so pena de tenerse por ineficaces. Resulta muy interesante considerar el caso de que, a pesar que las condiciones estén escritas en un idioma diferente, se prevea la remisión a traductores en línea que, por su generalidad, no garantizan la adecuada equivalencia de las expresiones incorporadas.

Al respecto, considero que las condiciones generales de contratación deben tenerse por escritas en castellano, por la existencia misma de la traducción, pero con la salvaguardia de que todas las dudas que surjan de la insuficiente traducción deben ser resueltas a favor del consumidor quien, por este hecho, debe tenérsele exonerado de buscar una mejor traducción o la lectura en el idioma extranjero.

Finalmente, como se indicó en el ordinal (iv) del numeral 5.2. supra, el consumidor tiene derecho a que se le expida un documento en que conste la realización de la operación, surtiendo plenos efectos la factura física o electrónica emitida por el productor o proveedor, como lo reconoce el artículo 27 de la Ley 1480. Esta constancia en manera alguna hace que el contrato adquiera la condición de solemne, pues simplemente sirve como demostración de la realización de la operación, la cual pudo haberse perfeccionado de manera consensual o aún por el mero comportamiento de las partes.

Así las cosas, la constancia tiene una naturaleza eminentemente probatoria, en el sentido de que sirve para demostrar el contrato realizado, pero no es el contrato en sí mismo y su ausencia no impide el ejercicio de los derechos consagrados a favor del consumidor.

7.2.2. Obligación de entregar el bien o prestar el servicio.

El productor o proveedor deberá entregar el bien o prestar el servicio en las condiciones que hayan sido pactadas con el consumidor, en términos de razonabilidad, sin que ello implique un pacto abusivo por la desproporción de las cargas asumidas por cada una de ellas, ya que en dicho evento se privará de eficacia la estipulación contractual.

(i) Deberá entregarse materialmente el bien o servicio que haya sido convenido, considerando el interés que quiere ser satisfecho por el consumidor, las condiciones

técnicas impuestas por la autoridad competente o la naturaleza misma del producto, en todos los eventos en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad. En tratándose de inmuebles o de otros bienes sujetos a registro, la entrega comprende la respectiva tradición a través del registro ante la oficina, lo cual deberá efectuarse en forma oportuna del artículo 11 de la Ley 1480.

En ningún evento podrá dejarse en manos del productor o proveedor la facultad de determinar, de forma unilateral, si el objeto entregado se ajusta a lo pactado, pues este tipo de cláusulas se consideran abusivas y son declaradas ineficaces de pleno derecho (Artículo 43 numeral 7 de la Ley 1480).

(ii) La entrega se realizará dentro del término que las partes establezcan, considerando que la falta de estipulación obliga a la entrega dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la celebración del contrato, en aplicación del artículo 924 del Código de Comercio, salvo en los casos en que se presuma la existencia de un plazo por resultar indispensable en atención a la naturaleza del bien o servicio (Artículo 1551 del Código Civil).

En materia de ventas por medios electrónicos, tales como tiendas virtuales o por mensajes de datos, la entrega del bien deberá efectuarse en los términos contractuales, considerando las reglas dispuestas por las partes par el efecto. En ausencia de estipulación, el productor o proveedor contarán con treinta (30) días, después del día siguiente a aquel en que el consumidor hubiere efectuado el pedido⁷, para efectuar la entrega, teniendo que adoptar todas las medidas que le permitan verificar que la misma se realizó efectivamente en la dirección señalada en el pedido y previa confirmación de identidad del solicitante (Numeral 1 del artículo 46 de la ley 1480), so pena de que el contrato pueda resolverse o terminarse por el consumidor sin justificación adicional, como lo señala el artículo 50 de la Ley 1480:

“...En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario a que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento...”.

(iii) El lugar de entrega será el dispuesto por los contratantes, existiendo plena libertad contractual para definirlo. En todo caso, si de ello se generan erogaciones adicionales para el consumidor, por ejemplo, gastos de transporte, será necesario que el productor o proveedor informen esta circunstancia de forma clara y expresa (Artículo 26 de la Ley 1480).

Efectuada la entrega se producen las siguientes consecuencias jurídico-sustanciales:

⁷ Literal h) del artículo 49 de la Ley 1480.

- Comienza a correr el término de la garantía legal, el cual sólo se suspenderá por los interregnos en que el consumidor sea privado del disfrute del bien ante su reparación (Artículo 8 de la Ley 1480);
- Los riesgos derivados del perecimiento fortuito de la cosa son a cargo del consumidor, por ser el dueño de la cosa⁸;
- Genera a cargo del consumidor el deber de instalar adecuadamente el bien o servicio, así como utilizarlo conforme a las instrucciones que le hayan sido entregadas por el productor o proveedor, so pena de que cese la garantía legal (Artículo 16 numeral 4 de la Ley 1480). Para estos fines es aconsejable que haga uso de la asistencia técnica puesta a disposición por el enajenante, la cual podrá tener un costo adicional que deberá ser cubierto por el cliente (Artículo 11 numeral 5 de la Ley 1480); y
- El consumidor deberá efectuar los mantenimientos señalados por el productor o proveedor, en las condiciones dispuestas en el manual de instrucciones, pues de lo contrario no tendrá derecho a la indemnidad por los daños que llegue a sufrir (Artículo 16 numeral 4 de la Ley 1480). Si decide hacer uso de la asistencia técnica del proveedor, podrá ser obligado a pagar un costo adicional.

La ausencia de entrega dará lugar al incumplimiento de las obligaciones por parte del productor o proveedor, habilitando el ejercicio de la acción de resolución o terminación, con la consecuente restitución de lo que hubiere pagado.

7.2.3. Obligación de garantía:

El productor y proveedor, como responsables de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios requeridos por el consumidor en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, como ya se explicó, deberán salir a amparar las expectativas de éste cuando no se satisfagan dichas condiciones.

Esta indemnidad comprende por lo menos tres (3) diferentes aspectos:

(i) Saneamiento por evicción o por vicios redhibitorios:

En virtud de las reglas generales del derecho privado, el vendedor, suministrante o artífice, deberá salir a sanear el derecho del consumidor, por los vicios de derecho o de hecho que tengan los productos.

El saneamiento por evicción tendrá lugar cuando un tercero alega un mejor derecho sobre los productos adquiridos por el consumidor, arguyendo hechos que tienen una causa anterior al contrato, siendo deber del productor y proveedor salir a la defensa de sus derechos y, en caso de que el bien resulte evicto, indemnizando la pérdida del bien. Claro está, en materia de consumo este saneamiento tendrá mayor vocación de ocurrencia en materia de inmuebles, por la naturaleza misma del bien y la posibilidad de que existan terceros que tengan un título anterior a la operación. No así

⁸ Cfr. artículos 929 y 930 del Código de Comercio.

en tratándose de bienes muebles fungibles, pues la adquisición efectuada por el consumidor encajará dentro del concepto de buena fe exenta de culpa y, por ende, no será dable que la pretensión de un tercero pueda privarlo de su derecho de dominio.

El saneamiento por vicios redhibitorios tendrá ocurrencia cuando el bien presente un vicio de hecho, grave, oculto y que tenga una causa anterior al contrato, de suerte que impida la utilización normal de la cosa y que no pudiera ser detectado a partir de una inspección simple. En estos eventos, es procedente que el productor y proveedor tenga que rebajar el precio o proceder a deshacer el vínculo con efectos retroactivos. En materia de consumo, si bien es dable su configuración, lo cierto es que las acciones propias del estatuto del consumidor desplazarán la utilización de esta forma de saneamiento, pues aquéllas se tramitan a través de un procedimiento abreviado y con reglas procesales simplificadas, mientras que el general demanda una acción ordinaria con plenas garantías procesales.

(ii) Garantía de indemnidad:

De conformidad con el sub-numeral 1.2. del artículo 3 de la Ley 1480, los consumidores tienen derecho a la seguridad e indemnidad, en el sentido de que “...*los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores*”.

Se tiene, entonces, que corresponde a los productores y proveedores garantizar que los bienes y servicios cumplan las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, haciendo todas las gestiones para evitar que afecten la integridad física de sus adquirentes, en su vida, salud o integridad, en condiciones de razonabilidad.

Estos daños pueden originarse en defectos de diseño, indebida fabricación o ensamble, inadecuadas medidas de conservación o almacenamiento, mala calidad de los insumos utilizados, materiales peligrosos, o por cualquier otra causa, en todos estos eventos se genera el deber de indemnidad, por los perjuicios causados o que pueda causar a los consumidores. El numeral 17 del artículo 5 ibídem señala que “*Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error de diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho*”.

Y es que cualquier consumidor espera que el bien o servicio no presente riesgos irrazonables, sino que éstos hayan sido mitigados o controlados por el productor, a través de la sustitución de las piezas o insumos que puedan afectar la integridad de los consumidores, todo ello en términos de razonabilidad, pues resulta imposible eliminar totalmente los riesgos o pretender que no haya un mínimo grado de exposición a daños o perjuicios. Por lo que, de no haber de esta forma el productor, deberá indemnizar a los consumidores, a través de la acción de responsabilidad por los perjuicios causados o a través de la garantía legal para obtener la reparación o sustitución del producto.

Llámesese la atención sobre el hecho de que no se requiere la efectiva ocurrencia de un daño, sino que la indemnidad comienza a tener vigencia desde la posible

ocurrencia del mismo, pues en este caso se estará faltando a la seguridad que es exigible de los productos, lo que activará la garantía legal.

Empero, si ocurriera un daño el productor y el proveedor concurrirán solidariamente a indemnizar al consumidor, atendiendo al perjuicio efectivamente causado y al grado de afectación a la vida, salud o integridad del consumidor o sus familiares. Y es que no puede restringirse la responsabilidad al adquirente del bien o servicio, sino que se extiende horizontalmente a las personas que usan del producto, si es razonable considerar que éste será utilizado por otras personas (ARANGO PERFETTI, 2008; p. 56).

En este último caso el afectado deberá hacer uso de la acción de responsabilidad ante la jurisdicción ordinaria⁹, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 58 de la Ley 1480.

(iii) Garantía legal:

Según el numeral 5 del artículo 5 de la ley 1480, se entiende por garantía la *“...obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas...”*. A su vez, la garantía legal de acuerdo con el artículo 7 de la ley 1480, es *“...la obligación... a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el bien estado y funcionamiento de los productos...”*.

La garantía legal es, entonces, un deber que asumen de forma solidaria el productor y el proveedor, de garantizar que los bienes y servicios satisfagan las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad que les son connaturales, de suerte que el consumidor sea amparado en que el producto será apto para satisfacer la finalidad por él querida, so pena de que sea procedente su reparación, remplazo y restitución. Esta garantía será diferente según se trate de bienes o servicios, ya que para los primeros es una verdadera obligación de resultado, que genera imperativamente la garantía cuando no se satisface la calidad, idoneidad o seguridad; mientras que para los segundos es una obligación de medio, que supone la realización de su mejor esfuerzo del productos porque el servicio se preste en condiciones de calidad y no el alcanzar un resultado determinado.

Esta garantía se entiende incluida en todas las relaciones de consumo, como ya de hecho lo establecía el artículo 933 del Código de Comercio¹⁰, con los siguientes rasgos distintivos:

No genera ninguna contraprestación a favor del productor o proveedor, sino que se entiende incorporada en el precio que el consumidor paga para la adquisición del bien o para la prestación del servicio (Numeral 5 del artículo 5 ley 1480);

⁹ Numeral 3 del artículo 56 de la Ley 1480.

¹⁰ “Se presumen vendidas con garantía las cosas que se acostumbra vender de este modo”.

Compromete la responsabilidad del productor y del proveedor de forma solidaria, lo que se traduce en que cualquiera de ellos, o en conjunto, pueden ser condenadas a la satisfacción de la garantía (Art. 10 de la ley 1480);

Para la procedencia de la garantía legal bastará que el consumidor acredite que el bien o servicio no satisface las condiciones de calidad, idoneidad o seguridad, pudiendo el productor o proveedor exonerarse únicamente por la existencia de una causa extraña o porque el deudor la utilizó de forma indebida o no siguió las instrucciones de instalaciones, uso o mantenimiento (Art. 16 ley 1480);

Tiene plena vigencia en toda clase de bienes o servicios, sin que sea dable excluirla por tratarse de productos con descuento o de naturaleza promocional (Parágrafo del Art. 7 de la ley 1480);

Es de orden público por lo que no podrá ser renunciada *ex ante* por el consumidor y la inclusión de una cláusulas de éstas en el contrato se considerará abusiva por cuanto limita el régimen de responsabilidad del productor (Numeral 1 del artículo 43 de la ley 1480). Excepcionalmente se permite su renuncia en materia de prestación de servicios para la reparación de bienes, pues en estos casos podrá excluirse la garantía legal, siempre que ello le sea informado al consumidor y éste lo consienta expresamente (Art. 8 ley 1480);

Es exigible por parte del consumidor respecto de bienes nuevos o usados, sin distinción diferente al término de la garantía, pues para los primeros será de un (1) año para muebles y diez (10) años para inmuebles; mientras que para los segundos será de tres (3) meses. Sin embargo, en materia de bienes usados es posible que el consumidor acepte, de forma expresa y por escrito, la inoperancia de la garantía, previo suministro de una información clara;

Tratándose de bienes con imperfectos y/o deterioros, la garantía legal no comprenderá dichas afectaciones, siempre que las mismas fueran advertidas al consumidor y él aceptare en estas condiciones el producto (Parágrafo del artículo 15 de la ley 1480). Si faltare su adecuada revelación se entenderá que opera plenamente la garantía.

La garantía legal busca salvaguardar el pleno disfrute del producto por parte del consumidor, imponiéndole al productor y/o proveedor la reparación de los defectos que le sean notificados. Si ello no fuere posible o se presentaren nuevos defectos en el bien, procede su remplazo por uno equivalente o la devolución total o parcial de lo recibido a título de precio. En el caso de los servicios, “...se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado...” (Numeral 2 del artículo 11 de la ley 1480).

7.3 Etapa postcontractual:

Una vez celebrado el contrato, y al margen de las obligaciones que se originan en la operación, existen una serie de reglas que tienden a proteger a los consumidores por los actos realizados por el productor o proveedor, de suerte que en ningún momento se desconozcan sus derechos, entre ellos, pero sin ser exclusivos, la interpretación contra proferente, el derecho de retracto y la posibilidad de efectuar pagos anticipados, los cuales serán analizados a renglón seguido.

7.3.1. Interpretación contra proferente y a favor del deudor:

Si bien la interpretación del contrato es una labor que debe acometerse durante todas las etapas del mismo, lo cierto es que sólo cobra relevancia en los eventos en que hay disparidad de criterios entre los otorgantes del instrumento una vez éste ha sido celebrado, pues es aquí donde resulta necesario acudir a las instancias administrativas o judiciales para desentrañar su contenido y resolver la controversia. De allí que incluyéramos el tema de la interpretación del contrato dentro de la fase postcontractual.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1624, establece que “...*se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor... Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido exteriorizadas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”.

Esta norma consagra, con total claridad, dos (2) reglas hermenéuticas: (i) la interpretación a favor del deudor (*favor debitoris*); y (ii) la interpretación en contra del predisponente (*contra proferentem*); ambas soportadas en la consideración de que, en los contratos adhesión, la parte fuerte impone sus condiciones y el adherente se subordina a las mismas, por lo que, cuando no sea posible desentrañar el contenido de una regla contractual, será necesario interpretarla en contra de la parte que la haya extendido o dictado (FIERRO MÉNDEZ, 2007; p. 243). Al respecto ORDOQUI CASTILLA (2001; pp. 363 y 364) sostiene: “...*La contratación por la forma de adhesión cuenta con pautas de interpretación propias, que tienden con carácter general, a proteger a la parte más débil del contrato... La protección del contratante débil [se hará] a través de la nulidad de las cláusulas y de la interpretación favor debilis...*”.

La regla hermenéutica “*contra proferentem*” busca “sancionar” o “castigar” la ambigüedad o falta de claridad del proveedor, en su condición de predisponente de las reglas contractuales, para favorecer al consumidor, quien tomará ventaja de esta situación para que las estipulaciones contractuales se entiendan en el sentido que más le favorezcan, bien sea porque le conceden derechos adicionales o porque limitan sus propias obligaciones.

Se protege, entonces, al adherente a las condiciones generales de contratación, quien ante la imposibilidad de negociación, deberá sacar ventaja de los yerros en que incurra su contraparte y nivelar, de esta forma, el contenido obligacional.

La tratadista KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008; p. 63) asevera: “...merced a esta regla, la oscuridad o la duda se torna en contra del autor de la uniformidad de las cláusulas, de los módulos, o formularios impuestos al otro contratante. Encuentra fundamento en la protección del adherente, que se encuentra frente a un complejo normativo unitario, casi un decálogo unilateralmente predisuesto y respuesta del cual debe prestar una adhesión global. Por eso, no rige si las cláusulas no denotan ambigüedad ni oscuridad, ni ocultan intencionalidad o mala fe del predisponente...”.

En el mismo sentido el tratadista VALLESPINOS (2010; p. 171) sostiene que “...Se trata, en definitiva, de proteger y tutelar al débil jurídico en las relaciones contractuales, formulando un Standard jurídico de racionalidad que comprende tres aspectos del indubio pro o pro damnato:... en la aplicación del derecho puesto que ante la ausencia de certeza debe formularse el encuadre normativo más favorable al más vulnerable...”.

Esta precisamente fue la fórmula consagrada en el artículo 4 del nuevo estatuto del consumidor, al señalarse que “En caso de duda se resolverá a favor del consumidor”, comprendiendo de esta forma no sólo el contenido de la ley, sino también las disposiciones contractuales.

Diferente es la interpretación “*favor debitoris*”, en cuya virtud se busca que las dudas se resuelvan a favor de la parte obligada, de suerte que la prestación no se extienda más allá de su entendimiento razonable y, por el contrario, se busque la fácil liberación del deudor. Luego, se debe preferir aquella interpretación que conduzca al menor gravamen del deudor (BORDA, 2001; p. 460).

El derecho del consumo reclama la superación de esta regla para dar cabida a la interpretación *favor debilis*, según la cual se debe preferir aquel entendimiento que favorezca a la parte débil de la relación, con independencia de la calidad que ocupe en la relación, de suerte que se restablezca el equilibrio contractual (KEMELMAJER, 2008; p. 67).

7.3.2. Retracto en ciertas ventas:

El nuevo estatuto del consumidor revitalizó el derecho de retracto (VEGA MERE, 2001; p. 623 y 624), posibilitando que el consumidor se arrepienta del negocio celebrado y pueda darlo por terminado sin ningún tipo de sanción o gravamen, a través de su declaración unilateral de voluntad, sin requerir del concurso del productor o proveedor, y aún contra la voluntad de éstos.

Y es que como bien lo sostuvo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de agosto de 2011, refiriéndose en general al retracto: “...una o ambas partes son titulares de un derecho potestativo para terminar unilateralmente el contrato, sin aquiescencia, aceptación, beneplácito o consentimiento de la otra, cuyo ejercicio desemboca en acto dispositivo recepticio en cuanto debe ponerse en conocimiento de la otra parte, usualmente con un preaviso mínimo, legal o

convencional o, en su defecto, congruo, razonable o suficiente, de forma libre salvo disposición contraria...”.

El arrepentimiento procede en los casos en que haya ventas (i) mediante sistemas de financiamiento otorgado por el productor o proveedor, (ii) tiempos compartidos, y (iii) por métodos no tradicionales o a distancia, siendo un deber del productor informar sobre la existencia de este derecho de forma previa a la celebración del contrato¹¹, so pena de que sea condenado a la indemnización de los perjuicios irrogados.

La efectividad del retracto está condicionada a que, de forma concurrente, se presenten las siguientes condiciones (artículo 47 de la Ley 1480):

- Se ejerza dentro de los términos legales: para los servicios dentro de los cinco (5) días siguientes a la celebración del contrato, y para bienes en el mismo plazo pero contado a partir de su entrega;
- Se comunique al proveedor o productor la decisión de retractarse, poniendo a su disposición el producto en igualdad de condiciones que las de la entrega y a través del mecanismo de envío empleado para la remisión. Ante la falta de claridad de la disposición legal considero que el retracto debe diferenciarse de la restitución del bien, aunque a partir de la segunda pueda presumirse la primera. Así, el retracto consistirá en una manifestación de voluntad del consumidor, la cual podrá efectuarse a través de cualquier forma de expresión y surtirá efectos en el momento en que sea de conocimiento del productor o proveedor. La restitución del bien consiste en el acto material de remitirlo al enajenante, asegurando sus condiciones y calidades, lo cual deberá hacerse de forma inmediata al ejercicio del retracto. Luego, nada obsta para que los dos (2) momentos se den por separado o se confundan en uno solo;
- Se trate de productos no consumibles ni perecederos, y que puedan ser devueltos sin destruirse o perder su valor;
- No se haya comenzado la ejecución de la prestación del servicio dentro de los cinco (5) días siguientes a la celebración del contrato y el consumidor no hubiere consentido en dicha ejecución;
- El precio del producto no dependa de las fluctuaciones del mercado, por estar atado indisolublemente con éste, siempre que los cambios estén por fuera del control del productor o proveedor;
- No se trate de un producto a la medida o personalizados, esto es, aquellos diseñados, construidos o ensamblados siguiendo las instrucciones del consumidor, pues ello los hace únicos y de difícil colocación posterior;
- Los productos no deben ser susceptibles de sufrir averías con ocasión de la devolución, ni caducar con rapidez;
- No recaiga sobre servicios de apuesta o lotería; y
- No sean bienes de uso personal.

¹¹ Numeral 4 del artículo 46 y literal c) del artículo 50 de la Ley 1480.

De cumplirse todas las condiciones corresponderá al productor o proveedor, sin posibilidad alguna, recibir el bien o abstenerse de prestar el servicio, restituyendo el precio que hubiera recibido por el mismo, sin descuentos o retenciones de ningún tipo, así como tampoco con intereses ni indexación. El término para la restitución será de treinta (30) días contados de la fecha en que recibió la notificación del retracto. Los gastos de transporte en que deba incurrirse para efectos de la restitución, son por cuenta y riesgo del consumidor.

7.3.4. Pagos anticipados:

Finalmente, me es imposible dejar pasar por alto el artículo 82 de la Ley 1480, pues introdujo una modificación esencial al régimen de la renuncia del plazo y puso punto final a una práctica del mercado que sancionaba al consumidor que hacía prepagos de sus obligaciones.

En efecto, el artículo 1554 del Código Civil dispone que *“El deudor puede renunciar el plazo, a menos... que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar...”*, lo que había sido interpretado en el sentido de no era dable la renuncia cuando ello acarrea un perjuicio, de cualquier orden, al acreedor, como cuando había pacto de intereses de plazo, caso en el cual debía cancelarse de forma anticipada la totalidad de los intereses para que procediera la renuncia (BONIVENTO FERNANDEZ, 2011).

De hecho, era muy usual en el mercado que se impusieran sanciones o multas cuando pretendieran hacerse pagos anticipados del precio que había sido objeto de financiamiento por el productor o proveedor, bajo la condición de que se estaba privando a estos últimos de unos intereses que tenían el derecho a percibir.

Sin embargo el artículo 82 citado prescribió que, en las compraventas a plazo, el consumidor podrá prepagar su obligación, sin que ello pueda ser objeto de sanción y sin que deba pagar de forma anticipada los intereses no causados, valga decirlo, permitió la renuncia al plazo en todos los casos, sin que ello pueda generarle consecuencias negativas al consumidor.

Lamentablemente la norma se quedó corta en la protección, pues no hizo extensiva la posibilidad de efectuar pagos anticipados de créditos otorgados por personas diferentes a los productores o proveedores, aunque destinados al pago del precio de bienes o servicios, por lo que propongo que se admita una interpretación extensiva de esta disposición y se cobijen estas situaciones que no fueron expresamente contempladas.

8. REFLEXIÓN FINAL.

El contrato de consumo, como expresión de la contratación contemporánea, en atención a que es expresión directa de la intervención del Estado en la contratación y una clara limitación a la voluntad privada, representa un gran reto al derecho contractual, pues muchas de sus instituciones escapan y/o modifican el régimen vigente

en materia civil y comercial, siendo necesario propender por una revisión de la teoría general del contrato que dé cabida a estas instituciones, sin desnaturalizar los diferentes mecanismos de contratación.

Así mismo, se echa de menos en nuestro régimen normativo una verdadera sistematización del proceso de formación del contrato, incluyendo fenómenos propios de la sociedad de masas y de la tecnificación de la vida cotidiana, lo que resulta fundamental para brindar una protección integral al consumidor, como el nuevo actor de las relaciones comerciales.

Por ello se clama en Colombia por darle una especificidad o, si se me permite la expresión, una identidad, al contrato de consumo, reconociéndolo como un instrumento invaluable para hacer realidad la fórmula del estado social de derecho, siempre inserto dentro una gran teoría del contrato que dé su justo reconocimiento a la libertad de contratación y a la igualdad de las partes, pues estos presupuestos son casi una quimera en una sociedad mercantilizada y que consumista.

La labor está por comenzar en Colombia, nos falta recorrer caminos que han trazado muchos juristas en otros países, pero contamos con un insumo invaluable y sumamente útil: el nuevo estatuto del consumidor, que ciertamente representa, en muchos casos, una visión contemporánea de la relación de consumo.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A (2009). *De los Contratos*, 2ª edición. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.

ALTERINI, A. (1999). *Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA, R. (2000). *Contratos atípicos*, en Alterini, Atilio Aníbal y otros, *Contratación Contemporánea, Teoría General y Principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

ALZATE HERNÁNDEZ, C. (2009). *Fundamentos del Contrato*, 2ª Edición. Bogotá: Ed. Ibáñez.

ARANGO PERFETTI, D. (2008) *Aproximación a la Responsabilidad Civil por Productos Defectuoso en Estados Unidos y Colombia*. En Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, *Responsabilidad Civil y del Estado*, (No. 23 junio de 2008). Medellín: Ed. Comlibros.

ARRUBLA PAUCAR, J. (2006). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos*, Tomo III Bogotá: Ed. Biblioteca Jurídica Diké.

BATTISTA FERRI, G. (2002). *El Negocio Jurídico*, Leysser L. León (Trad.). Lima: Ed. Ara Editores.

- BETTI, E. (2008). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Ed. Comares.
- BONIVENTO FERNANDEZ, J. (2011). *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Mercantiles*. Bogotá: Ed. Librería del Profesional.
- BORDA, A. (2001). *Evolución de los Derechos del Consumidor en la Legislación Argentina*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación Contemporánea*, Tomo I. Lima – Bogotá: Ed. Palestra - Temis.
- CÁCERES CORRALES, P. *Las Vicisitudes del Contrato en la Actual Globalización*. En BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. y LAFONT PIANETTA, P. (Dir.), *Negociación Internacional*. Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia.
- CALEGARI DE GROSSO, L. (2000) *La conciliación de la autonomía de la voluntad con lo útil y lo justo ante la diversidad de las situaciones contractuales*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I, Lima – Bogotá: Ed. Palestra - Temis.
- CASTRO ROJAS, J. (2011). *Formación del Consentimiento*. En *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico*, ECHEVERRI URUBURU, Á. (Dir.). Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ed. Ibáñez.
- CORDOBERA GONZÁLEZ DE GARRIDO, R. (2001). *La Forma del Contrato*. En TRIGO REPRESAS, F y STIGLITZ, R. *Contratos*. Argentina: Ed. La Rocca.
- DE BUEN LOZANO, N. (1986) *La Decadencia del Contrato*. México: Ed. Porrúa.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2001). *La contratación Masiva*. En *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, 1ª edición. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- DE LOS MOZOS, J. (2000). *La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del Código Civil español*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.
- DUQUE PÉREZ, A. (2008). *Una Revisión del Concepto Clásico De Contrato*. Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Vol. 38, No. 108.)
- DURAN, R. (2011). *Régimen Financiero y Leasing Internacional*. En *Negociación internacional*, BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. y LAFONT PIANETTA, P. (Dir.) Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia.
- DURÁN RIVACOBA, R. (2000) *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas (Estudio Comparado de la Ley Española de 1998 y el Ordenamiento*

Peruano). En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

EISENBERG, M. (2007). *The Theory of Contracts*. En *The Theory of Contract Law*, BENSON, P. Estados Unidos: Cambridge University Press.

EMILIANI ROMÁN, R. (2001). *Curso Razonado de las Obligaciones, La obligación Civil y sus Fuentes Voluntarias*, Tomo I – Parte Primera. Bogotá: Ed. Universidad Sergio Arboleda.

ESPITIA GARZÓN, F. (2009) *Historia del Derecho Romano*, 3ª edición. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

ESTIGARRIBIA BIERER, M. (2008). *La Buena Fe. Implicaciones Actuales en las Relaciones Negociales*. En OVIEDO ALBÁN, J. *Derecho Privado y Globalización, Contratos*, Tomo III. Bogotá: Ed. Ibáñez.

FARINA, J. (1999). *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Contemporánea*, 2ª Edición. Buenos Aires: Ed. Astrea.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2001) *El Supuesto de la Denominada 'Autonomía de la Voluntad'*. Bogotá: Ed. Temis.

FIERRO MÉNDEZ, R. (2011) *El Contrato: ¿Libertad o Poder?*, En *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo*. ECHEVERRI URUBURU, Á. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ed. Ibáñez.

FIERRO MÉNDEZ, Rafael Enrique. *Teoría General del Contrato. Contratos Civiles y Mercantiles*, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

GARIBOTTO, J. (1991). *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

GAUDEMET, E. (2007). *Las Fuentes de las Obligaciones*. Bogotá: Ed. Leyer.

GHERSI, C. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I. Buenos Aires: Ed. Astrea.

HERRERA OSORIO, F. y MAHECHA PULIDO, A. (2011). *Revisión General de los Deberes Secundarios de Conducta de las Sociedades Fiduciarias en el Contrato de Fiducia*. Derecho y Realidad Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja. (No. 18).

JAUFFRET SPINOSI, C. (2007). *Influencia del Derecho Comunitario y Europeo sobre el Derecho de Contratos*. En *El Contrato: Problemas Actuales, Evolución, Cambios*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R. (2000). *La Oferta al Público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación*

contemporánea, teoría general y principios, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

KATZ, A. (1990). *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*. En *Michigan Law Review*. (Vol. 89, No. 2).

KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 13ª edición. Vernengo, Roberto J. (Trad.). México: Ed. Porrúa.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2008). *Reflexiones sobre la Interpretación de los Contratos*. En Oviedo Albán, Jorge (Dir.). *Derecho Privado y Globalización, Contratos*, Tomo III. Bogotá: Ed. Ibáñez.

LAFONT PIANETTA, P. (2011). *Introducción a la Negociación y Contratación Internacional*. En BONIVENTO FERNÁNDEZ, J. y LAFONT PIANETTA, P. (Dir.). *Negociación Internacional* Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia.

LAFONT PIANETTA, P. (2005). *Manual de Contratos. Panorama de la Negociación y Contratación Contemporánea*, Tomo I, 2ª Edición. Bogotá: Ed. Librería del Profesional.

LAGUADO GIRALDO, C. (2003). *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro*. Universitas. Pontificia Universidad Javeriana.

LARENZ, K. (1978). *Derecho Civil, Parte General*. Izquierdo, Miguel y Picavea, Macías (Trad.). España: Ed. Revista de Derecho Privado.

LARROUMET, C. (1999). *Teoría general del contrato, Volumen I*, Guerrero, Jorge (trad.). Bogotá: Ed. Temis.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. (1995). *Teoría de los Contratos, Parte general*, Tomo I. Buenos: Ed. Zavalía.

MÉLICH ORSINI, J. (2001). *Las Particularidades Del Contrato con Consumidores*. En Universidad Externado de Colombia. *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, 1ª edición. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

MESSINEO, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*, S. Sentis Melendo y M. Volterra (Trad.): Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América - R. O. Fontanarrosa.

MOSSET ITURRASPE, J. (1995) *Contratos*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni.

NEME VILLAREAL, M. (2010). *La Buena Fe en el Derecho Romano*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

ORDOQUI CASTILLA, G. (2001). *Los Contratos Atípicos*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. (2009). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Ed. Temis.

PATERSON, J. The New Consumer Guarantee Law and the Reasons for Replacing the Regime of Statutory Implied Terms in Consumer Transactions. *Melbourne University Law Review*. (Vol. 35).

PINZÓN CAMARGO, M. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

RAKOFF, T. (2006). *Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica* en *Universidad de los Andes*. Revista de Derecho Privado Ed. Universidad de los Andes. (No. 37)

RAMÍREZ BAQUERO, É. (2007). *El Contenido, Elemento del Contrato*. En *Los Contratos en el Derecho Privado*. MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F. (Dir.). Bogotá: Ed. Universidad del Rosario y Legis.

RESCIGNO, P. (2001). *Apuntes sobre la autonomía negocial*. En Universidad Externado de Colombia. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1ª edición. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

REVET, T. (2007). *La Revisión del Contrato*. En *El Contrato: Problemas Actuales, Evaluación, Cambios*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

REZZÓNICO, J. (1987). *Contratos con Cláusulas Predispuestas* Buenos Aires: Ed. Astrea.

RIPERT, J. (1941). *La Regla Moral de las Obligaciones Civiles*, Latorre, Carlos Julio, (trad.). Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia.

RUBIEL, J. (1997). *Contratos por Adhesión*. Revista de Derecho Privado (Año 8, Numero 22).

SANTOS BALLESTEROS, J. (2011). *Algunos Aspectos de Responsabilidad Contractual en el Derecho Internacional Comprados con el Derecho Colombiano*. En BONIVENTO FERNÁNDEZ, y LAFONT PIANETTA, P., *Negociación Internacional*. Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia.

SCHREIBER PEZET, M. (2000). *La Técnica Contractual*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

SILVA-RUIZ, P. (2001). *Contratos de Adhesión, Condiciones Contractuales Generales (Condiciones Generales de los Contratos o de la Contratación y las Cláusulas Abusivas)*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

SOTO COAGUILA, C. (2000). *La Transformación del Contrato: del Contrato Negociado al Contrato Predispuesto*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

SOTO COAGUILA, C. y MOSSET ITURRASPE, J. (2009). *El Contrato en una Economía de Mercado*. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana.

STIGLITZ, R. *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

STIGLITZ, R. (2001) *Contenido del Contrato*. En TRIGO REPRESAS, F. y STIGLITZ, R. *Contratos*. Argentina: Ed. La Rocca.

SUESCUN MELO, J. (2003). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, Tomo II, 2ª Edición. Bogotá: Ed. Legis.

TAMAYO LOMBANA, A. (1997). *Manual de Obligaciones*. Bogotá: Ed. Temis.

VALENCIA RESTREPO, H. (2008). *Derecho privado romano*, 6ª edición Bogotá: Ed. Señal Editora.

VALLEJO MEJÍA, J. (1992). *Manual de Obligaciones*. Medellín: Ed. Biblioteca Jurídica Diké.

VALLESPINOS, C. (2010). *El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.361*. En *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*. OVIEDO ALBÁN, J. Bogotá: Ed. Universidad de la Sabana y Biblioteca Jurídica Diké.

VEGA MERE, Y. (2001). *El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea*. En ALTERINI, A. y otros. *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Tomo I. Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis.

VENINI, J. (2001). *Invalidez contractual*. En TRIGO REPRESAS, F. y STIGLITZ, R. *Contratos*. Argentina: Ed. La Rocca.

VON SAVIGNY, F. (1949). *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica*. En Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, *La Ciencia del Derecho*. Argentina: Ed. Losada S.A.

ZHANG, Mo. (2009). Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy. *Akron Law Review USA*.



Principia IURIS Contenido

17

EDITORIAL

SECCIÓN I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL

Aproximaciones a la antropología jurídica:
construyendo sociedades justas
Antropólogo ricardo gómez

Análisis de la ley 1480 de 2011 que reforma el
estatuto de protección al consumidor en Colombia
Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

El contrato de consumo: notas características
Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

Pioneros del realismo jurídico metafísico en
Colombia
Mg. Carlos Gabriel Salazar

Valor vinculante de las sentencias de unificación
del consejo de estado: ¿una alteración al sistema
de fuentes de derecho en el proceso contencioso
administrativo
Mg. Fernando Arias García

Acto administrativo, recursos y revocación directa
Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina

La teoría de la sustitución: ¿un caso de mutación
constitucional?
Abog. Fernando Tovar Uricoechea

Derecho a la educación - educación en derecho
Lic. María Rubiela Sáenz Medina

Derecho a la educación inclusiva en el marco de
las políticas públicas
Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

SECCIÓN II. TEMA CENTRAL -RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

El poder constituyente "extraordinario" como
dispositivo generador de responsabilidad
patrimonial del estado. Implicaciones de la
asamblea nacional constituyente -ANC- en la
configuración de la noción de modelo
constitucional introducido con la carta política de
1991.

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

Principios del régimen probatorio en el marco del
sistema procesal penal en Colombia.
Ph. D. Alfonso Daza González

Liberalización del comercio de servicios
financieros en el marco de la OMC
Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

Implementación de características de seguridad
en el certificado de cómputos expedido a los
internos de los establecimientos carcelarios y
penitenciarios de Bogotá.
Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

Responsabilidad del estado por trasplante de
órganos en Colombia
Ph.d. Alvaro Márquez Cárdenas
Ph.d yolanda M. Guerra García

Existe solidaridad en el contrato de servicios
públicos domiciliarios
Esp. Olivia Aristhitz Gutierrez Cadena

SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Los derechos humanos de la mujer y la violencia
sexual en el derecho internacional
Ph. D. Natalia Barbero

La acción humanitaria como cooperación al
desarrollo, en el contexto del derecho
internacional humanitario
Mg. Eyder Bolívar Mojica

El recurso de amparo constitucional en Alemania
- die verfassungsbeschwerde in deutschland
Ph.d (c) John Jairo Morales Alzate

Protección de los derechos fundamentales,
garantías judiciales constitucionales a partir de la
constitución española de 1979
Esp. José Luis Suarez Parra

La congruencia de la sentencia en el proceso
contencioso-administrativo: pretensiones motivos
y argumentos
Ph. D. Jorge Jiménez Leube



CATEGORÍA
COLCIENCIAS A



0124-2067