

El contrato

DE ADHESIÓN EN LA LEGISLACIÓN
COLOMBIANA Y EN LA NUEVA LEY DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR*

Contract

ADHESION IN THE COLOMBIAN LAW AND
THE LAW OF CONSUMER PROTECTION

RESUMEN

El contrato por adhesión ha sido desde su nacimiento una de las instituciones más polémicas del Derecho Privado; a partir de sus características se han esbozado diferentes teorías que van desde las que le niegan el carácter de relación contractual, hasta las que consideran que su utilización es necesaria dentro de la economía de mercado y justificable como herramienta aplicable a los intercambios basados en la producción masiva de bienes y servicios, típica de nuestros tiempos.

Más allá de las discusiones sobre la naturaleza jurídica del contrato por adhesión, el artículo se centra en el análisis de la evolución legislativa del contrato por adhesión en Colombia, desde su primera aparición en nuestro ordenamiento jurídico hasta la más reciente contenida dentro de la nueva Ley de Protección al Consumidor, Ley 1480 de 2011.

Palabras clave: Contrato, Adhesión, Regulación Legal, Colombia.

ABSTRACT

The contract of adhesion has been since birth one of the most controversial institutions of private law, from its features have been outlined different theories some of them that deny the nature of contractual relationship, while others consider that its use is necessary within the market economy and justifiable as a tool for trade based on the mass production of goods and services typical of our times.

Beyond the discussion about the legal nature of the contract of adhesion, the following article focuses specifically on the analysis of legislative regulation in Colombia about contract of adhesion, since its first appearance in our legal system to the most recent contained in the new consumer protection law, Act 1480 of 2011.

Keywords: Contract, Adhesion, Legal Regulation, Colombia.

JASSIR ÁLVAREZ ESTRADA

Abogado, Especialista en Derecho Comercial y Contratación Mercantil, Magíster en Derecho Comercial, Docente Investigador en el área de Derecho Privado de la Universidad de la Costa, CUC.
jalvarez18@cuc.edu.co

Recibido:
18 de marzo de 2014
Aceptado:
23 de abril de 2014

* Este documento es resultado de un proyecto de investigación denominado Cambios introducidos por la Ley 1480 de 2011 para la Protección de los Consumidores/Usuarios en Colombia realizado dentro del grupo de investigación Derecho, Política y Sociedad de la Universidad de la Costa, CUC.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Es de público conocimiento que la legislación civil colombiana, recibió la notable influencia de la Revolución Francesa con su postulado tripartito de *liberte, egalite, fraternite*, que en nuestro país fueron conocidos principalmente gracias a los ingentes esfuerzos de Antonio Nariño, lo que en buen grado determinó que el Código Civil colombiano, siguiendo los lineamientos del Código chileno, consagrara como principio fundamental del derecho de contratos el dogma de la autonomía privada, concediéndole una extensión únicamente limitada por las normas de orden público y las normas relativas a la moralidad y las buenas costumbres.

La definición de contrato que registra (aún en la actualidad) nuestro Código Civil responde al estado del arte del Derecho privado del siglo XIX, así el artículo 1495 de nuestro estatuto define contrato (o convención) con las siguientes palabras:

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.

Convengamos en que esta concepción de contrato es equívoca e insuficiente, incluso para aquellos contratos en boga al momento de la expedición del Código Nacional, o sea, los contratos comúnmente denominados de

libre discusión. En primer lugar, asimilar los vocablos contrato y convención constituye un grave error de nuestro legislador, que no siguió en este caso la tradición del Código Civil francés, y la interpretación que por vía jurisprudencial se ha hecho de la norma en comento no deja lugar a dudas:

Distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no solo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que convención es género y contrato especie. El nacimiento de las obligaciones es el efecto propio del contrato¹.

En segundo lugar, consideramos que es una definición más bien vaga, a tal punto que resulta más precisa incluso la definición corriente consagrada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

Siendo así las cosas, sí falló el legislador civil al definir la figura de contrato en general, que

1. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 18 de 1972. Además la norma transcrita pareciera indicar que todos los contratos son de tipo unilateral desde el punto de vista de los efectos, es decir, que las obligaciones se generan solo para una de las partes y a favor de la otra.

resultaría aplicable al contrato paritario, no es de sorprender que nuestra legislación civil no contenga referencia alguna sobre los contratos por adhesión, que resultaban la novedad en los tiempos aquellos por los que se imprimió nuestro estatuto principal de Derecho Civil.

Por su parte la definición de contrato en materia comercial está consagrada en el artículo 864 de nuestro Estatuto Mercantil:

Art. 864. El Contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.

Esta definición de contrato, si bien la consideramos técnicamente superior a la del derecho civil, no ha estado exenta de debate, y debido a que nos desviaría de la finalidad del presente estudio, nos limitaremos a decir que el legislador a nuestro parecer pecó por exceso, ya que bastaba con dejarla hasta la parte de la relación jurídica patrimonial, pues la presunción sobre el lugar de celebración no aporta nada a la definición y la del momento de perfeccionamiento del contrato, en cambio puede producir confusión con relación a la regulación de la oferta o propuesta de negocio contenida en el mismo Código de Comercio.

De nuevo, injustificada e inexplicablemente, nuestro Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), dejó pasar por alto la posibilidad de

regular legislativamente el contrato por adhesión, una figura que ya era de común utilización para el momento de su entrada en vigor y, más si tenemos en cuenta que la regulación mercantil sí se encargó con detalle de las condiciones de contratos realizados típicamente mediante estructuras predispuestas, como lo son el contrato de transporte o el de seguros.

2. LA APARICIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO

Este “olvido” volvería a presentarse con motivo de la expedición de nuestra primera norma sobre protección al consumidor; el Decreto 3466 de 1984, que de manera increíble, por no decir desacertada, volvió a omitir la regulación de las estructuras contractuales por adhesión, en un momento en que la contratación en masa ya era la regla general y el contrato de libre discusión constituía la excepción.

Acercándonos al final del siglo XX, cuando ya se hizo más que ostensible la flaqueza de los postulados tradicionales sobre los que descansaba la idea del contrato en el esquema liberal individualista, la nueva Constitución de 1991 realiza el primer aporte hacia la tarea de construir una reglamentación sobre los contratos de adhesión, con la consagración constitucional de la defensa de los consumidores estipulada en el Art. 78 de la Carta Magna:

La ley regulará el control de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse-

le al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

La nueva Carta Política también regula en su artículo 88 el mecanismo de la acción popular para proteger los derechos colectivos, entre los que se encuentran los derechos de los consumidores, y que permiten ejercer acciones tendientes a la defensa de los intereses colectivos entre los que se incluyen los del consumidor:

Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la defensa de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones populares.

Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Es a partir de esta nueva orientación en los años que siguieron a la Constitución de 1991, cuando se inicia un periodo en el cual las reglas constitucionales y la interpretación jurisprudencial que de ellas hace la Corte Constitucional, se convertirían en el caldo de cultivo de lo que podríamos llamar un verdadero marco constitucional de la protección al consumidor, cuando se empieza a observar un creciente interés por la creación de normas de Derecho Positivo que fijarán un marco regulatorio para los contratos por adhesión, que imponían su dominio en las relaciones de intercambio de todos los segmentos de la economía colombiana, sin excepción alguna. Después de una exhaustiva revisión de las normas de la época, consideramos que el primer esfuerzo por regular los contenidos contractuales por adhesión se encuentra en una legislación que parece haber escapado a los comentarios de la doctrina nacional, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en adelante EOSF, que en su artículo 184 establece algunos requisitos de obligatorio cumplimiento que debían estar presentes en las pólizas expedidas por las compañías aseguradoras:

Art. 184... Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

a) Su contenido debe ceñirse a las normas que regulen el contrato de

seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva.

- b) Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y
- c) Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.

Se trata del primer esfuerzo por regular los contenidos de las cláusulas estándar de los contratos por adhesión, o condiciones generales del contrato, en este caso las del contrato de seguro, sobre el cual la misma Corte Suprema de Justicia había interpretado, “constituía el perfecto prototipo del contrato de adhesión, que se hace constar en formatos impresos de los que el asegurado ni siquiera conoce su contenido con antelación”².

2.1. El Contrato de Adhesión en la Ley 142 de 1994

Apenas un año después la Ley 142 de 1994, régimen legal de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, se vuelve a referir al tema de la contratación por adhesión y esta vez el tema es regulado en forma más detallada, aunque por tratarse de una norma especial

de Derecho Administrativo su alcance estaba restringido a los contratos de adhesión celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios con sus potenciales clientes/usuarios. No deja de ser paradójico el hecho de que una figura típica de Derecho Privado, ante la ausencia de regulación sobre la materia, termine siendo estudiada en Colombia desde la óptica del Derecho Público. La Ley 142 en su Art. 128 no se refiere al contrato de servicios públicos como de adhesión, sino como un contrato uniforme y consensual, además, en el segundo inciso del mencionado artículo dispone que:

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

De esta forma, la Ley 142/94 acogía un criterio bastante difundido en el Derecho Comparado, en el cual la negociación interpartes de unas pocas condiciones del contrato no constituye por sí sola razón suficiente para excluir el carácter adhesivo del mismo, pues en realidad la mayor parte de sus cláusulas siguen siendo impuestas en bloque por el predisponente, y sobre ellas no hay posibilidad de negociación³. El artículo 128 de la Ley

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

3. En la práctica para que un cliente pueda obtener estas pequeñas “concesiones” de parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es imperativo que se trate de un cliente con músculo financiero, por lo que generalmente son solo grandes empresas las que pueden acce-

142 fue demandado por inconstitucionalidad y la corte en la Sentencia C-1162 de 2000 se manifestó en contra de la pretensión del demandante, declarando la exequibilidad de la norma acusada:

Considera esta Corporación que los referidos contratos por adhesión, aunque deben ser objeto de la intervención estatal para introducir en ellos el equilibrio toda vez que se celebran entre una parte fuerte y una débil (ver, por ejemplo, las Sentencias C-955 y C-1140 de 2000, proferidas por esta Corte en lo relativo a vivienda), así como los establecidos para la prestación de los servicios públicos, no violan, *per se*, el principio de igualdad. En este tipo de convenios una de las partes no está en condiciones de discutir las cláusulas contractuales, ya por la posición dominante en que se encuentra la otra, o porque, como ocurre con los servicios públicos domiciliarios, los convenios

der a este beneficio. Este es el caso, por ejemplo, de los clientes que tienen demanda del servicio público de energía eléctrica en el denominado mercado no regulado o liberalizado. En este mercado, existe la posibilidad para el cliente de poder negociar aisladamente una pequeña parte de las condiciones uniformes del contrato, verbigracia, en lo relativo a las tarifas a la que se le cobrará el Kw/h de energía, y un término de estabilidad de dicha tarifa, pues es regla general que las empresas distribuidoras ofrezcan la energía en paquetes que deben ser adquiridos para períodos de tiempo más o menos largos; mientras tanto el cliente común y corriente o incluso los pequeños empresarios no tienen ninguna posibilidad de acceder a este tipo de negociación, los primeros porque obligatoriamente pertenecen a lo que se denomina el mercado regulado, donde las tarifas son impuestas en relación a la estratificación socioeconómica del usuario, y el segundo porque la posibilidad de acceder a la liberalización depende de unos requisitos de inclusión mínimos que se determinan por la carga instalada en amperios que el cliente utilizará en su inmueble o a un consumo promedio en Kw/h mes que está alrededor de los 55.000, rango en el cual solo clasifican los clientes industriales o los grandes comerciantes.

particularizados con cada uno de los usuarios podrían comprometer gravemente la eficiencia y continuidad de la prestación y, por ende, el interés general⁴.

La Ley 142 tiene además el mérito de haber incorporado el deber de información en los contratos de adhesión (Art. 131), igualmente establece como fuentes subsidiarias del contrato de condiciones uniformes las legislaciones comercial y civil (Art. 132), y fundamentalmente, este estatuto de servicios públicos tiene el mérito de haber introducido la primera regulación legislativa sobre el tema de las cláusulas abusivas en territorio colombiano⁵. En efecto, el Art. 133 de la ley de servicios públicos domiciliarios nos habla de una presunción de abuso de posición dominante de la empresa de servicios públicos cuando esta (empresa) incluya en los contratos con sus usuarios alguna(s) de las cláusulas enunciadas en un listado de 26 que se relaciona en el mismo artículo 133. Se trata de un listado “gris”, pues se establece un conjunto de cláusulas en apariencia abusivas, pero, cuya abusividad no está probada de antemano, por

4. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández G. La negrita se encuentra en el texto original.

5. A decir verdad si nos apegamos a lo incontrovertible de los hechos, la Ley 142/94 no fue la primera que mencionó el concepto de cláusula abusiva en el Derecho Positivo colombiano, ese privilegio le corresponde también al Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado luego por la Ley 795/93) que en su Art. 98 dispuso: “... (e)n la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante”. Pero, el mérito de la Ley 142 es que por primera vez se elabora una lista de cláusulas presumiblemente abusivas, especificando los comportamientos que se consideran contrarios a la buena fe contractual.

lo que podría resultar que en ejercicio de un proceso el predisponente pudiera llegar a demostrar mediante pruebas que la inclusión en el contrato de dichas cláusulas es justificable atendiendo a ciertas circunstancias del contrato bajo estudio. Sobre este punto la parte final del mencionado Art. 133 no deja lugar a dudas:

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y esta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada⁶.

2.2. El contrato de adhesión en la Ley 1328 de 2009

No obstante, a pesar de las buenas intenciones de la Ley 142, tendríamos que esperar 15 años para la llegada de la primera definición legal del contrato de adhesión plasmada en el ordenamiento jurídico colombiano. Es la del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009, Régimen de Protección al Consumidor Financiero, esta norma en su literal f, establece que son contratos de adhesión aquellos que:

...son elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

La misma ley consagra en su Art. 3 como principio rector de la actividad financiera el de libertad de elección de ambos, tanto consumidor como empresario, en la escogencia libre de sus contrapartes a la hora de celebrar vínculos contractuales mediante el modelo por adhesión. El régimen de protección al consumidor financiero también prevé un listado de cláusulas y prácticas abusivas, esta vez bajo la figura de una lista negra, pues se establece un listado de estipulaciones y prácticas contractuales consideradas lesivas para el consumidor financiero, y al mismo tiempo se sanciona la inclusión de dichas estipulaciones (o la realización de las prácticas) con la ineficacia de pleno derecho⁷.

6. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 142 de 1994, Art. 133. Las itálicas son nuestras.

7. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1328 de 2009, Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíben las cláusulas o estipu-

Sin embargo, lo establecido en el Art. 3 de la citada Ley 1328 de 2009, así como las disposiciones del resto de su articulado no constituyen una verdadera regla general para la definición del contrato por adhesión, como tampoco para la defensa de los consumidores/usuarios en Colombia, debido a que su aplicación es restringida para los sectores financiero, bancario, asegurador y de mercado de valores. Así lo establece la misma Ley 1328, cuando nos explica el objeto de su promulgación y el ámbito de su aplicación, de forma que continuaba dejando en *statu quo* el tema del contrato por adhesión en relación con los consumidores de los demás sectores de la economía nacional.

2.3. La definición del contrato por adhesión en la nueva ley de protección al consumidor

La verdadera regla general y definición legal del contrato de adhesión es la que está consagrada en la Ley 1480 de 2011⁸, nuevo Estatuto

del Consumidor en Colombia que entró recientemente a regir en el territorio nacional. Antes de estudiar esta definición del contrato de adhesión contenida en el Art. 5 de la Ley 1480, es importante mencionar que este nuevo régimen de protección contiene en su Art. 3, numeral 1.6 una regla general de protección contractual a favor de los consumidores, ninguna de nuestras legislaciones sobre contratos contenía una disposición de este tenor y la protección a la parte débil en los contratos se hizo básicamente a partir de figuras tradicionales de la teoría general del contrato establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, y todas las veces gracias a un cuidadoso trabajo de hermenéutica jurídica realizado por nuestra Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, siguiendo con la definición legal del contrato de adhesión de la Ley 1480/2011, el tema es regulado en el Art. 5 que define varios conceptos claves para el desarrollo del estatuto y que en su numeral 4to. dispone:

Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni

laciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
 - b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
 - c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
 - d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.
 - e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia...
8. En estricto orden cronológico antes de la expedición de la Ley 1480 de 2011, entró en vigencia la Resolución 3066 de 2011, dictada por la CRC y que constituye el Régimen Integral de Protección de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones. En esta norma la CRC no incluyó una definición de contrato de adhesión, pero, de algún modo existe una serie de disposiciones normativas que regulan lo concerniente a los contratos utilizados en los servicios de comunicaciones. En la resolución a partir del Art. 12

se establecen requisitos que deben cumplir los contratos que se celebren con usuarios del servicio de comunicaciones. El artículo 12 ordena que los contratos de este tipo de servicios deben elaborarse con un tamaño de letra que en ningún caso sea inferior a los 3 milímetros, de forma que sea legible con facilidad. En el artículo 13 se enumeran los requisitos que debe contener el contrato, especificando una larga lista de condiciones. Finalmente, en normas posteriores se dispone la imposibilidad para el empresario de modificar unilateralmente las condiciones del contrato pactado y las exigencias que deben contener las cláusulas relativas a la permanencia mínima del suscriptor del servicio.

puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

Esta definición no es muy distinta a la de la Ley 1328, pero, en nuestra opinión la importancia de este artículo es de doble vía, por un lado esta si es una verdadera regla general aplicable por ende a todas las relaciones contractuales en las que los consumidores estén involucrados como parte en dichos contratos, y por otro, la definición permite establecer un marco delimitador bajo el que se desarrollan otros temas importantes aplicables a los contratos de adhesión que también han sido objeto de codificación en la Ley 1480/2011 como por ejemplo: la interpretación favorable al consumidor (Art. 37) y las cláusulas abusivas (Art. 42 y ss.) a los que nos referiremos más adelante en el último capítulo de esta obra.

Al someter la norma a un esmerado escrutinio encontramos un par de cuestiones que consideramos dignas de comentario. La primera de ellas es que el legislador colombiano utiliza elementos comunes que identifican la figura de la adhesión en numerosas legislaciones (cláusulas, imposición, consumidor, aceptación, etc.), pero, les agrega su tinte autóctono, lo que tantos problemas nos ha ocasionado en la redacción de otras normas legislativas.

Nuestra apreciación va dirigida a la utilización simultánea de los conceptos productor/proveedor en la misma norma. En la definición del artículo 4 se dice que el productor o el proveedor son sujetos capaces de disponer los contenidos contractuales que el consumi-

dor solo puede aceptar o rechazar. La utilización de la conjunción o indica que hay opción entre dos o más posibilidades, en este caso en el mismo artículo 4 de la Ley 1480 nos explica la razón de ser de esta dualidad, pues la Ley 1480 define al productor en el numeral 9 del mencionado artículo 4 en los siguientes términos:

Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

Posteriormente, en el numeral 11 la misma norma establece:

Proveedor o Expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

Estas definiciones de productor y proveedor incorporan elementos novedosos que no que contenía el Decreto Ley 3466 de 1982⁹; pero,

9. El mencionado Decreto 3466 de 1982 establecía:

- a) Productor: Toda persona natural o jurídica que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional.
- b) Proveedor o Expendedor: Toda persona natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

hay que reconocerle al legislador nacional que es indudable que la nueva reglamentación es superior, e introduce matices interesantes, por ejemplo, la claridad de que el proveedor y el expendedor pueden ejercer su actividad por sí mismos o a través de intermediarios (directa o indirectamente), e independiente del beneficio económico que se persiga (con o sin ánimo de lucro). Este último dato no deja de ser importante, pues no solo incluye a quienes han sido considerados comerciantes bajo el criterio ampliamente difundido según el cual el ánimo de lucro es un elemento imprescindible para la calificación de mercantilidad de una conducta, sino que lo hace extensivo a actos en los que no se evidencia (al menos no de manera notable) esa intención de beneficiarse económicamente, tal vez de acuerdo a criterios más modernos según los cuales no es el ánimo de lucro en sí mismo lo que determina la comerciabilidad, sino la onerosidad, es decir, el hecho que mediante la transacción comercial se satisfagan prestaciones recíprocas más allá de la utilidad económica que pudieran significar dichas prestaciones para quien ejerce como comerciante y/o empresario¹⁰.

La segunda cuestión que consideramos pertinente comentar, se refiere a que la sencillez de la definición del contrato por adhesión que ofrece nuestro Estatuto de Protección al Con-

sumidor no le quita funcionalidad a la misma. Pues se establece un concepto normativo cuya utilidad se manifiesta a la hora de interpretar a qué contratos resultan aplicables las reglas de protección incluidas en la Ley 1480. Este era uno de los problemas principales que ofrecía la ausencia de una verdadera definición legal del contrato por adhesión en nuestro derecho privado.

Para concluir el estudio que del contrato de adhesión se hace en la nueva Ley de Protección al Consumidor, es interesante anotar que la ley contiene los principios de interpretación favorable, consagrados en varias de las legislaciones que nos han servido como modelo, el *favor consumitoris*, o sea, la interpretación a favor del consumidor de las condiciones generales de la contratación está consignado dos veces en el texto legal, primero en el Art. 4, donde se eleva a la categoría de principio de interpretación de ley, y luego en el Art. 34, ahora como una norma que sirve como principio para la interpretación de los contratos celebrados por adhesión con consumidores. Igualmente, en el nuevo estatuto se le da regulación legal al principio del *in dubio pro consumitore*, entendido en el sentido que siempre que haya dudas las cláusulas cuya interpretación sea más favorable al consumidor prevalecerán sobre aquellas que le sean menos favorables o desfavorables.

Además, en el Art. 37 se impone a los empresarios que contratan mediante condiciones generales y contratos por adhesión el deber del consentimiento informado, es decir, debe

10. El estado del arte contemporáneo en materia de los criterios con los que se estudia el tema del acto de comercio, nos ofrece opciones más allá de las tradicionalmente estudiadas. Un texto de reciente aparición en Colombia puede resultar de utilidad al respecto: CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad de los Andes-Temis, 2011.

comunicar de manera clara, suficiente, expresa y anticipada las condiciones generales del contrato, y asimismo estas condiciones deben ser concretas, claras, legibles y no deben contener vacíos o espacios en blanco. Sobre este punto Villalba, en un texto de reciente aparición en el mercado, manifiesta algunos reparos relacionados con lo que el autor considera “un problema de unidad de materia en la ley”, pues en materia de seguros este artículo implica el deber para las aseguradoras de entregar anticipadamente el clausulado a los tomadores y de explicarle a estos la cobertura, exclusiones y garantías del contrato, como quien dice se imponen dos obligaciones en una lo que al tratarse de una norma general rompe la unidad de materia, porque ya en Colombia existía norma especial para la regulación de este asunto en materia financiera y aplicable al contrato de seguro, y para colmo de males la norma en cuestión también entra en contradicción con lo dispuesto en el Art. 1046 del Código de Comercio, pues en este se lee que el asegurador debe entregar (con fines de prueba) documento original de la póliza al tomador dentro de los 15 días siguientes a aquel de la firma del contrato¹¹.

Esto podría resultar perjudicial para los consumidores, pues estas nuevas obligaciones aumentan los costos de transacción para las compañías aseguradoras y, según práctica habitual, dichos costos suelen ser traspasados a los consumidores vía precio.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTRAS NORMAS DE SIMILAR ALCANCE EN HISPANOAMÉRICA

Un análisis más completo es el que resulta al comparar esta definición del contrato por adhesión en la nueva Ley 1480/2011 con las de otras leyes sobre protección al consumidor en países del contexto hispanoamericano. El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, país que ha estado a la vanguardia del derecho del consumidor en Latinoamérica desde mediados de los años 70, regula la materia en su Art. 54, y literalmente dispone:

Art. 54. Contrato por adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido.

Pr. 1. La incorporación de cláusulas al impreso no altera la naturaleza del contrato por adhesión.

Pr. 2. En los contratos por adhesión se admite la cláusula resolutoria, como alternativa, cabiendo a elección del consumidor, salvo lo dispuesto en el pr. 2 del artículo anterior.

Pr. 3. Los contratos por adhesión escritos serán redactados en términos claros y con caracteres ostensibles y legibles, de modo de facilitar su comprensión por el consumidor.

11. VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. *Introducción al derecho del consumo*. Primera edición. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Militar Nueva Granada, 2012. p. 16.

Pr. 4. Las cláusulas que impongan limitación a los derechos del consumidor deberán ser destacadamente redactadas, permitiendo su inmediata y fácil comprensión.

Al estudiar con detalle la norma lo primero que salta a la vista es que el legislador brasileño, con buen criterio a nuestro parecer, prefiere el vocablo “contrato por adhesión”, en vez del de contrato de adhesión, que es el establecido en la Ley 1480, ya nos hemos referido a esta precisión semántica con anterioridad, pero ello no impide que hagamos la anotación respectiva, pues la consideramos una terminología más precisa por las razones expuestas en el primer capítulo de este documento. Debemos anotar también que nos parece una definición más completa que la de la legislación colombiana, ya que en ella se asimilan como fenómenos análogos la imposición unilateral de las cláusulas por parte del empresario, y la aprobación que de aquellas (cláusulas) pueda hacer la autoridad competente, lo que enseguida deja entrever una esfera de control por parte del Estado sobre el contenido del contrato. También es más precisa, pues deja en claro que el hecho que el consumidor pueda realizar modificaciones intrascendentes al contenido del contrato no implica un cambio de su naturaleza pre redactada e impuesta.

Asimismo, los párrafos que complementan la definición en la norma brasileña sirven también para ampliar la esfera de protección para el consumidor, pues automáticamente imponen claros requisitos relativos a la mane-

ra como las cláusulas incluidas en el contrato deben ser redactadas, destacadas e incluidas. En Colombia, estos requisitos no para la inclusión de las cláusulas no hacen parte de la definición del contrato adhesivo, pero son adicionados con posterioridad por el artículo 37, como se comentó con anterioridad.

El Código brasileño establece además la posibilidad de incluir cláusulas resolutorias (equivalentes a las mal llamadas condiciones resolutorias en el Derecho colombiano) en estos contratos, como una alternativa que de alguna forma depende de la elección del consumidor. Es decir, el Código de Consumo de Brasil solo considera lícita la cláusula resolutoria si la escogencia entre la resolución o el cumplimiento del contrato, o cualquier otra solución establecida en la redacción contractual es asegurada al consumidor adherente. En otras palabras, este tipo de cláusula resolutoria es un derecho consagrado en forma exclusiva para el consumidor, lo que corrobora el CDC cuando en su artículo 51 establece la prohibición para el proveedor de cancelar unilateralmente el contrato, si no ofrece la misma facultad al consumidor¹².

12. En la nueva Ley 1480 de 2011 en el Art. 47 se consagra el derecho al retracto del consumidor; no se trata de la misma regla que impone el estatuto brasilero, el uso del derecho retracto del que habla nuestra legislación es restringido para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiamiento, venta de tiempos compartidos o a distancia, etc. Siempre y cuando se trate de bienes o servicios cuya naturaleza no sea fungible, o cuando el contrato no haya comenzado ejecutarse antes de cinco días. Si el consumidor hace uso de este derecho de retractación, deberá manifestarlo durante los cinco (5) días hábiles siguientes a la entrega del bien o producto o a la celebración del contrato si se trata de la prestación de un servicio. Una vez reclamado el derecho al retracto la disposición legal implica que el contrato debe resolverse y reintegrarse al consumidor el dinero pagado, deduciéndose al consumidor los gastos de transporte y todos los costos adicionales que implique la devolución del bien o la resolución del contrato.

En Argentina por su parte ni la Ley 24.240 de 1993, ni su más reciente modificación la Ley 26.361 de 2008, incluyen una definición al interior de su conjunto de normas del contrato de adhesión, la única referencia al mismo se encuentra en el artículo 38 de la mencionada Ley 24.240, pero en esta norma el legislador argentino se limitó a indicar ciertos elementos típicos de esta clase de contrato, sin entrar a construir una definición legal.

En México, el contrato por adhesión se encuentra definido en la Ley Federal de Protección al Consumidor (incluida en el Código de Comercio mexicano) que en su artículo 85 establece:

Art. 85. Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y disposiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión, celebrado en territorio nacional, para su validez deberá estar escrito en español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

En sintonía con el caso brasileño, esta norma combina una definición del contrato por adhesión y unos requisitos exigibles a este tipo de contratos. La primera parte de la definición azteca es bastante prosaica, por decir lo menos, se limita a catalogar como contratos

de adhesión aquellas relaciones de intercambio en que una de las partes (el proveedor) redacta en solitario las condiciones del contrato y en ellas establece las reglas aplicables para “la adquisición de un producto o la prestación de un servicio”.

Sin embargo, la segunda parte tiene unos alcances importantes pues extiende los efectos del contrato por adhesión a aquellos documentos que no incluyan las cláusulas que son parte de la rutina en este tipo de contratos, pues para la norma mexicana los componentes básicos de la adhesión son la unilateralidad y la uniformidad de los contenidos dispuestos por el empresario. La norma, en su inciso final introduce el principio de territorialidad de la ley mexicana, obligando para la validez de la relación contractual al obligatorio uso del idioma español y un tamaño de caracteres impresos que resulten legibles para el consumidor a simple vista. En esta última parte el artículo 85 de la ley mexicana incluye unos requisitos para el contrato cuya finalidad es darle una protección instantánea al consumidor, en forma a nuestro parecer bastante similar a lo dispuesto en los parágrafos del artículo 54 del Código del Consumidor brasileño.

En España, por su parte, en forma similar a lo ocurrido con Colombia, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante LGDCU, expedida en 1984, no incluyó una definición del contrato por adhesión, lo que no resulta extraño en principio, pues, en la Península Ibérica el uso de este término no es muy utilizado, en la Madre Patria como en buena parte de los países eu-

ropeos se habla más bien de las Condiciones Generales de la Contratación. Como explicamos con anterioridad se suelen utilizar ambas expresiones como sinónimas, aunque existen diferencias claras entre las mismas.

La omisión de la LGDCU fue con posterioridad subsanada con la expedición de la Ley 7ma. de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, en cuya exposición de motivos se establece que el objetivo de su creación es “la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se dicta en virtud de los títulos competenciales que la Constitución española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.^a y 8^a, por afectar a la legislación mercantil y civil”.

La citada Ley 7ma. de 1998 establece en sus dos primeros artículos:

Artículo 1. Ámbito objetivo

1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
2. El hecho de que ciertos elementos

de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Artículo 2. Ámbito subjetivo

1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–.
2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.
3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

La ley española, en consonancia a lo que habíamos anotado unas líneas atrás, primero establece una definición para las condiciones generales, para luego determinar a cuáles contratos se les aplicarán sus regulaciones a partir de la identificación de los sujetos que interactúan en los mismos. Entonces, serán contratos por adhesión, todos aquellos que contengan condiciones generales redactadas e impuestas por un predisponente, a cualquier persona natural o jurídica que adhiera a ellos, aun cuando esta persona haya podido negociar individualmente una de las cláusulas del contrato o un conjunto de las mismas.

La comparación con la definición colombiana en este caso es más difícil, pues los enfoques sobre la materia en uno y otro estatuto tienen claras diferencias. A pesar de ello, podemos decir que la norma española no incluye las nociones de productor y proveedor, limitándose a hablar de manera muy general del predisponente desde el ángulo de la profesionalidad de su actividad comercial.

Por lo demás, la ley española introduce el apartado de que la presencia de negociación individual en una o varias de las condiciones del contrato, no cambia su naturaleza jurídica si el análisis final del mismo evidencia la permanencia de su estructura de adhesión. La normativa española regula en la parte final de su artículo segundo, que la calidad de adherente en contratos de este tenor no se pierde por el hecho de ostentar de manera simultánea el estatus de profesionalidad, apuntando entonces a que los pequeños comerciantes, empresarios e incluso los medianos y los grandes, con independencia de su conocimiento de una determinada actividad económica, pueden vincularse también a partir de condiciones generales de la contratación, diseñadas, redactadas e impuestas por otro empresario predisponente.

Como síntesis de todo lo analizado podemos extraer dos reflexiones importantes. La primera de ellas, es que si bien en nuestra humilde opinión, la definición legal del contrato por adhesión en la Ley 1480 de 2011 resulta inferior en ciertos aspectos a otras normas sobre la misma materia en el ámbito hispa-

noamericano, no podemos negar que la nueva reglamentación legal constituye un salto inmenso en lo relativo a la protección de los consumidores, pues se construye de una vez por todas una verdadera concepción legal en el Derecho positivo colombiano para este tipo de relaciones contractuales, lo que significa un avance importantísimo en aras de la actualización legislativa nacional a las realidades económicas del siglo XXI.

La segunda de nuestras reflexiones va dirigida a que la Ley 1480, significa la creación de un auténtico marco legal para el contrato de adhesión y su interrelación con los consumidores en el ámbito de los mercados nacionales; pues las regulaciones de este nuevo estatuto finalmente incorporan al Derecho colombiano una serie de principios del proteccionismo contractual que ha caracterizado a las legislaciones que han desarrollado los postulados del derecho del consumo y la protección al consumidor a nivel global.

En este sentido con la expedición de las normas del nuevo Estatuto del Consumidor se crea un régimen de protección en materia de contratos, que no estaba incluido en el Decreto 3466 de 1982, y que después de la aparición de la Constitución de 1991 fue poco a poco desarrollándose, pero, de manera aislada, en diferentes segmentos tales como servicios públicos domiciliarios, el sistema financiero y de seguros, y las telecomunicaciones. De esta manera, Colombia finalmente se enrumba hacia la tendencia mundial del proteccionismo contractual a los consumidores, y se

supera un sistema que consideramos era bastante obsoleto y que estaba basado en su gran mayoría en las normas de la Ley Civil (verbigracia, Arts. 1535, 1551, 1601, 1603, 1609, 1618, 1620, 1624 del CC), la Ley Comercial (Arts. 830 y 831 del C de Co.) y sobre todo por los grandes esfuerzos que en esta materia se hicieron durante varios lustros a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad de los Andes-Temis, 2011.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 18 de 1972.

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

13. Es regularmente aceptado entre los expertos del Derecho Constitucional que el Estado moderno se encuentra haciendo frente a una interesante dualidad de roles, por un lado el Estado Proteccionista y por otro el Estado Empresario o Comerciante. La noción de Estado Proteccionista nos indica que el Estado se encuentra constitucional y legalmente obligado a solucionar las necesidades básicas de sus ciudadanos, como lo expresa el Art. 366 de nuestra Carta; si bien esto no quiere decir que dichas necesidades no deban ser solucionadas a partir de su inclusión en la parte de los derechos fundamentales del Título II del mismo estatuto. Pero, de manera paralela a este primer papel, el Estado juega otro muy importante, es el del Estado Empresario o Comerciante, que se materializa en la forma cada vez más agresiva en la que el Estado se involucra en actividades otrora exclusivas de los particulares, para en ejercicios de las mismas asegurar la adquisición de bienes y servicios, la prestación de los servicios públicos, el control a los monopolios, etc.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández G.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. *Introducción al derecho del consumo*. Primera edición. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Militar Nueva Granada, 2012. p. 16.

LEGISLACIÓN

ARGENTINA. Ley 24.240 de 1993.

ARGENTINA. Ley 26.361 de 2008.

BRASIL. Código Federal de Defensa del Consumidor.

COLOMBIA. Constitución Nacional de 1991.

COLOMBIA. Estatuto del Consumidor. Decreto 3466 de 1982.

COLOMBIA. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Decreto 663 de 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 142 de 1994.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1480 de 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1328 de 2009.

ESPAÑA. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.