

✓

LAS TRANSFORMACIONES EN LA CONTRATACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991

JAIME ARRUBLA PAUCAR

Profesor de las Cátedras Mercantiles y Civiles
Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana

INTRODUCCIÓN

Todo el derecho viene siendo objeto de importantes transformaciones, a fin de adecuarse a las exigencias de la vida actual. En cuanto a sus fines viene cumpliendo la premonición de Jossierand, de hacer de la defensa del débil una de sus constantes preocupaciones y su fin predilecto. Para llegar a tales propósitos ha sido necesaria la desmitificación de los viejos postulados donde encontraba su justificación.

Tal vez, en el área del derecho privado, concretamente en los contratos, es donde más se ha urgido la transformación y donde más resistencia ha tenido.

Mucho se habla de la crisis del contrato, de su falta de vigencia, de su decadencia, pero los postulados de la vieja escuela aún continúan soberbios e imperantes. Observemos brevemente de dónde venimos y hacia dónde vamos en la teoría del contrato.

a. El individualismo

En el individualismo se concibe al hombre como fundamento y fin de todas las leyes, interesa más su libre albedrío que los intereses de la colectividad. El individuo construye su reino absoluto e independiente con base en su libertad, de tal manera que las relaciones jurídicas que crea solamente pueden ser modificadas por él mismo. (CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS. EL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES. ED. UNIVERSIDAD BUENOS AIRES 1.984. pág. 85.)

El Estado adquiere un papel netamente conservador de las libertades individuales que permanecen en manos del individuo. La filosofía adquiere su sabor individualista en los siglos XVII y XVIII estableciendo que el "espontáneo juego de las actividades privadas es la óptima fuente de solidaridad social" (RECASENS SICHES, LUIS. TRATADO).

En síntesis, el querer individual se convierte en el principio fundamental de la vida social y económica trascendiendo al plano político, reduciendo la función del Estado a la protección de las voluntades y además, postergando su acción frente a la concepción de una voluntad superior y anterior a él. (VALLES PINOS Op. cit. Pág. 86).

Respecto al derecho, la influencia individualista lo encamina hacia la protección de la libertad individual y su coexistencia con otras libertades. Se garantiza el desenvolvimiento libre de los sujetos con muy escasas limitaciones.

El contrato obviamente no escapa a la influencia del liberalismo, por el contrario, se convierte en la pieza fundamental, alrededor de la cual gira todo el derecho.

Es la construcción suprema del juego de las voluntades. La tesis liberal se basa en la idea de que toda situación jurídica debe nacer, necesariamente, de un contrato, sólo por vía de excepción podrá surgir de la sola fuerza de la ley. (NÉSTOR DE BUEN LOZANO. LA DECADENCIA DEL CONTRATO. DE. PURRÚA. MÉXICO, 1.986 Pág. 88.).

El contrato pasa a ser la base y justificación del ordenamiento jurídico; ya no obliga el contrato porque lo dispone el derecho, sino que el derecho vale en cuanto procede de un contrato.

En esa búsqueda de la libertad el contrato queda desprovisto de toda finalidad, interesa más saber si fue libremente pactado un asunto que saber si fue justo.

La instauración del sistema liberal, acompañado de un sistema filosófico acorde a él, hizo abandonar todas las estructuras clásicas contractuales, incluso la ética, en favor de la autonomía de la voluntad. (VALLESPINOS Op. cit. Pág. 87).

Así, se asienta el sistema liberal en una serie de instituciones: la libertad individual, que en el orden jurídico se traduce en la autonomía de la voluntad y su consecuencia: el derecho subjetivo; el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, entendido como derecho absoluto para poder gozar y disponer de una cosa; el contrato único, productor de situaciones jurídicas y la responsabilidad por culpa.

b. El código Napoleónico

El afán reorganizador de la vida social que propugnaba la Ilustración es puesto en práctica por las monarquías europeas más sensibles a las nuevas tendencias del pensamiento. Las llamadas monarquías ilustradas, preocupadas por el fortalecimiento del Estado, veían en la racionalización de la vida social propuesta por la Ilustración, un magnífico medio que, aplicado al derecho, garantizara la seguridad del tráfico jurídico y la efectividad de las decisiones estatales. Por tales motivos serán estas monarquías ilustradas los primeros regímenes que apoyarán la codificación del derecho y bajo los cuales se producen los primeros pasos codificadores (AGUSTÍN MONTILLA. LA CODIFICACIÓN COMO TÉCNICA DE PRODUCCIÓN LEGISLATIVA. REVISTA DE DERECHO PRIVADO JUNIO 1.987. MADRID. Pág. 555). Aparecen códigos como el prusiano y el austríaco que, con un estilo nacionalista, proclaman su prevalencia sobre otras fuentes del derecho, principalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia y se observa, sobre todo en el último, la huella de la escuela racionalista del derecho natural. El código austríaco, con gran influencia kantiana, se aleja de las tendencias paternalistas del poder, típicas del despotismo ilustrado, notorias en el código prusiano, para buscar en la regulación una mayor libertad y dignidad del individuo. (CATTANEO, citado por Montilla, Op. cit. Pág. 558).

Sin embargo, el código austríaco no llega a incorporar el liberalismo político y la idea de soberanía popular.

Es el "code" de Napoleón, producto de la revolución francesa y, por tanto, de la ilustración liberal y democrática, el que expresara el pensamiento liberal que sirve de estructura a la nueva sociedad burguesa. Su influencia se extendería a todos los países liberales y nacionalistas y marcaría una clara distinción con las demás codificaciones.

Los conceptos de separación de poderes, democratización del poder legislativo y primacía de éste sobre el ejecutivo, defensa de los derechos del hombre y, en general, todo el contenido político de la revolución francesa que sigue las huellas de la ilustración liberal, se reflejan en el código napoleónico de 1804 (MONTILLA, Op. cit. Pág. 558) y abren una evidente brecha con los demás códigos de las monarquías ilustradas.

El espíritu del Código de Napoleón se construye sobre las principales reivindicaciones de la revolución en el ámbito del derecho: la consecución de la primacía de la ley, formulada en términos claros y precisos, sobre las demás fuentes del derecho; el laicismo del derecho y el supremo poder del Estado sobre la vida social; el individualismo afirmado desde la doble perspectiva de las declaraciones de Derechos Humanos y como principio jurídico que convierte a la voluntad personal en el factor modificativo de las relaciones; la propiedad, valor fundamental de la burguesía, cuyo tráfico se liberaliza y se garantiza su titularidad; y la igualdad en los derechos civiles de los ciudadanos. (GÓMEZ ARBOLEYA, citado por MONTILLA Op. cit. Pág. 558) Indudablemente, el código napoleónico se proyecta como una codificación revolucionaria frente a los restos del corporativismo feudal pasado y a los demás códigos civiles de la época; por ello se convierte en modelo para los países que ingresaban en el sistema de la sociedad liberal burguesa.

No obstante, la pretensión reformista es moderada en ciertas materias, ingresando elementos y conceptos romanistas y de la tradición jurídica francesa como la influencia del pensamiento de Jean Domat y la célebre construcción de Robert Joseph Pothier sobre el derecho de obligaciones y de los contratos.

c. El contrato en el código Napoleónico

En esta materia, el código de Napoleón encumbró a la libertad humana, considerando el acuerdo de voluntades como una ley para los contratantes. Esta concepción, según Vallespinos (Op. cit. Pág. 101) llevó a la máxima expresión el principio del consentimiento contractual como base de todo el sistema establecido para los contratos.

Observemos sus aspectos más sobresalientes:

1. El principio de la autonomía de la voluntad es la pieza fundamental de toda la vida social, los individuos son los dueños de sus actos, de tal manera que solamente ellos intervienen en sus decisiones.
2. El contrato es acto jurídico generador de obligaciones donde la regla es el consensualismo y el formalismo la excepción.
3. Sólo se pone límites a la autonomía de la voluntad, en cuanto se pone en juego el orden público o las buenas costumbres.
4. El consentimiento será válido únicamente cuando esté libre de error, violencia o dolo (art. 1109). Sólo cuando el error se refiere a la sustancia de la cosa afectará la validez de la convención (art. 110). La violencia determinará la nulidad si se ejercita en contra de quien se obliga, aunque provenga de un tercero (art. 1111). El dolo provocará la nulidad cuando las circunstancias hagan evidente que sin las maniobras realizadas por una de las partes, la otra no habría contratado (art. 1116). El error, la violencia y el dolo producirán únicamente la nulidad relativa.
5. La lesión no vicia el consentimiento, salvo en ciertos contratos y respecto de ciertas personas (art. 1118).
6. El artículo 1101 señala que el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, a hacer o no hacer, alguna cosa. Sigue así las clásicas enseñanzas de DOMAT Y POTHIER. Como consecuencia de este principio el artículo 1134 estableció como fuente de derecho las convenciones legalmente formadas.
7. Armónicos con el postulado, la policitación no puede producir obligación alguna, hasta tanto no ocurra la aceptación.
8. En materia de interpretación se establece que habrá que estar más a la voluntad común de las partes que al texto literal de los términos en que el contrato se hubiese redactado (art. 1156) y, en caso de duda, el convenio se interpretará en favor de quien se obliga y en contra del acreedor de la obligación (art. 1163).

En resumen, puede decirse que el código de Napoleón encumbra la libertad humana al punto de declarar que el contrato tiene categoría de ley entre las partes, con límites excepcionales como son el orden público y las buenas costumbres. (Art. 1118 y 1674).

En la estructura jurídica del código napoleónico, las ideas de libertad e igualdad jurídica, heredadas de la revolución de 1.789, constituyen los pilares del contrato que llega a considerarse como necesariamente justo su resultado, si las voluntades fueron emitidas libremente.

El "code civil", máxima obra de la juridicidad francesa, redactada tan sólo en cuatro meses, por dos prácticos del derecho consuetudinario (TRONCHET y BIGOT DE PREAMENEU) y dos juristas (PORTALIS Y MALEVILLE) elegidos por Bonaparte, conjuga la influencia romana y el derecho de las costumbres, acoge el pensamiento liberal imperante en la época y marcará una influencia decisiva en las futuras codificaciones de Occidente.

d. De la crisis del liberalismo a la problemática actual

Afirma un autor que la historia del contrato está asociada, sin duda alguna, a la historia de la libertad. (De Buen Lozano. Op. cit. Pág. 297) Pero, sin duda, esa libertad convertida en dogma en el código napoleónico, muy pronto se convierte en el pretexto para que los hombres exploten a los demás hombres.

Muchos son los hechos que acentúan la crisis del sistema liberal. La revolución industrial inglesa y la misma revolución francesa, desencadenaron una serie de conflictos que el sistema liberal instaurado no supo resolver; el paso de economía agraria a la industrial desencadenó desórdenes fundamentales en la organización social.

En el campo de la libertad contractual, comienzan a observarse hechos que hacen que tal libertad sea meramente formal. Los grandes capitales formaron monopolios y manipularon la oferta y la demanda; la empresa económicamente más potente podía, entonces, determinar

unilateralmente y para su propio interés, el contenido y las circunstancias del negocio y desplazar los riesgos a otra cabeza diferente a la suya.

En el campo de la responsabilidad civil, la empresa podía desarrollar cualquier actividad y sólo respondía de dolo o culpa, situación que se convertía en evidente desequilibrio en favor de quienes crean el riesgo.

La sociedad se masifica, como consecuencia aparecen nuevas características para la contratación: el anonimato de los sujetos que intervienen y la mecanización de sus actos. Con esto se hace más notoria la diferencia de fuerzas entre los intervinientes en las actividades negociales, en el campo civil se observa el contratante fuerte y el débil, en el contrato laboral, patrón y obrero; y en el comercial, empresario y consumidor o usuario. (RUBÉN S. STIGLITZ Y GABRIEL A. STIGLITZ. CONTRATOS POR ADHESIÓN, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. DEPALMA. BUENOS AIRES 1.985. Pág. 39.

También aparecen técnicas de mercadeo no muy ortodoxas, que condicionan al consumidor, le crean necesidades artificiales y por medios publicitarios se influye en su psiquis para aumentar su propensión hacia la adquisición.

La fabricación en serie y en gran escala, a menudo, sufre defectos de calidad que ponen en peligro la seguridad del usuario.

Se elaboran marcos falsos de confianza en empresas, que a la postre son utilizados para atraer el ahorro del público y se suceden grandes insolvencias que afectan una gran parte de la sociedad.

Se establecen mecanismos de financiación, a altos costos, que determinan al ciudadano al consumo sin capacidad, y colocándolo en un endeudamiento irreversible.

En fin, se establece un esquema negocial uniforme e inequitativo para que los consumidores se adhieran (Stiglitz y Stiglitz, Op. cit. Pág. 3) y en él, la parte preponderante económicamente se exonera de responsabilidad o la reduce, elimina los riesgos de su cabeza, coloca multas exorbitantes, etc.

El capitalismo liberal, como sistema económico-político no puede dar solución a toda la problemática que se desencadenó a partir de su implantación. Por ello se desencadenan nuevas corrientes de pensamiento, las que, en algunos casos se han impuesto más que por su idoneidad para resolver los conflictos, por la importancia del régimen liberal para atender a todos los desperfectos y desviaciones del sistema.

De allí en adelante, las nuevas formas de pensamiento se fundamentarán sin lugar a dudas en lo social.

e. La doctrina de León Duguit y la función social del derecho

Un aporte decisivo para la concepción de un derecho social lo entrega León Duguit. Durante los meses de septiembre y octubre de 1911, dicta una serie de conferencias en Buenos Aires que denomina "LAS TRANSFORMACIONES GENERALES DEL DERECHO PRIVADO DESDE EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN".

Duguit señala en su obra cómo la realidad del mundo está lejos de las metas que se propuso el individualismo. Afirma el profesor que la Declaración de los derechos del hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individualista del derecho, en cambio, hoy en día se elabora un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista; advirtiendo que emplea esa palabra porque no tiene otra, pero sin que implique en su pensamiento ninguna adhesión a un partido socialista dado (LAS TRANSFORMACIONES GENERALES DEL DERECHO PRIVADO DESDE EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN. Ed- F. BELTRÁN. MADRID. 1.920. Págs. 23-24).

Agrega que el sistema jurídico de la Declaración de los derechos del hombre y del Código de Napoleón, descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo (Op. cit. Pág. 24) pero que la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada y con razón puede afirmar que es una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra (Op.

cit. Pág. 29). Agrega, que sobre esa concepción artificial y caduca del derecho subjetivo, es sobre la que tales legislaciones, y la mayor parte de las legislaciones modernas, han establecido todo el sistema jurídico (Op. cit. Pág. 30).

Para el profesor Duguit la idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. (Op. cit. Pág. 34). Esa idea del hombre aportada por el individualismo tampoco es correcta, el hombre es un ser social, vive en sociedad y siempre lo ha hecho. "El individuo no puede, pues, tener derechos más que cuando vive en sociedad y porque vive en sociedad. Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada. Y como, por otro lado, hemos visto que en realidad el hombre social no puede tener derechos subjetivos, todo el sistema jurídico fundado en la noción del derecho subjetivo y sobre la concepción individualista, se derrumba, arruinado por su misma base" (Op. cit. Pág. 35).

Explica además el profesor que avanza la elaboración de un sistema nuevo que, lentamente, bajo la presión de los hechos, viene a reemplazar al antiguo sistema; todo a pesar de la no intervención del legislador y en algunas ocasiones de su intervención en contra. Ese nuevo sistema en construcción descansa en una concepción exclusivamente realista, que elimina poco a poco la concepción metafísica del derecho subjetivo. Es la noción de función social (Op. cit. Pág. 35). Los conceptos de libertad y de derecho subjetivo deben ceder su lugar a la función social. Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad que ya no es un derecho sino una función social. Los hombres están obligados a desempeñar una tarea en la sociedad, no tienen el derecho de ser libres, sino la obligación social de obrar, de cumplir su misión social. El Estado deberá proteger toda actividad humana dirigida a ese fin y castigará todos los actos que le sean contrarios. Se debe aplicar en consecuencia la ley de la solidaridad social, que es la ley fundamental de todas las sociedades modernas.

La autonomía de la voluntad, concebida como un elemento de la libertad en general, un elemento de la libertad jurídica y como el poder

del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito, también está destruida por los hechos y el derecho moderno la debe edificar sobre el fundamento de la función social. Como consecuencia, las nociones de acto y de situación jurídicas deben transformarse (Op. cit. Pág. 99).

En el campo contractual, Duguit anota una serie de ejemplos, que no obstante la denominación que se les da de contratos, no merecen tal calificativo; muchos casos en los que la situación jurídica se produce en la vida moderna, aunque el acto del cual procede no tenga verdaderamente el carácter de contrato. Sin embargo, los juristas dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos, que no conoce el derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa, comprenderlas en el viejo cuadro estrecho del contrato y han realizado esfuerzos prodigiosos de sutileza escolástica para demostrar que todos esos nuevos actos se refieren en último término a los contratos. Naturalmente, no lo han conseguido; no podían conseguirlo, porque no podían demostrar que una cosa que no es realmente un contrato, lo sea. Por lo demás, ellos mismos han reconocido el hecho agregando un epíteto a la palabra contrato que hubiera sido evidentemente inútil por completo si en realidad fuera un contrato. Así hablan de “contratos de adhesión”, “contratos de taquilla”, “contratos colectivos”, de “contratos de colaboración”, cosas éstas que no son contratos”. (Op. cit. Pág.140).

En el llamado contrato de adhesión Duguit no ve más que una sola declaración de voluntad. En su opinión, no estamos frente a un contrato clásico. No existen dos voluntades en presencia una de otra, que entran en contacto y se ponen de acuerdo. Las dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato. Tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual, un estado de hecho de orden general y permanente, y otra voluntad que quiere aprovecharse de este estado de hecho. (Op. cit. Pág.142).

Mucho se puede discrepar de las tesis del profesor de la Facultad de Burdeos, pero hay que reconocerle el mérito de haber enfrenta-

do abiertamente el sistema liberal y de dar pasos fundamentales para lograr la solidaridad y la justicia social como finalidades del derecho.

f La época del derecho social y sus repercusiones en el contrato

A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, surge todo un movimiento tendiente a desmontar del sistema jurídico, tanto público como privado, aquellas instituciones que servían para sustentar los desmanes que facilitaba el liberalismo.

Este movimiento se extiende por todos los países occidentales y abarca en el ámbito del derecho público una revisión de las funciones del Estado, para que atienda no solamente a las necesidades y a la protección del individuo, sino a las necesidades de la sociedad en general. El derecho privado por su parte se altera en el mismo momento en que el individuo comienza a ser regulado en su convivencia social (Vallespinos. Op. cit. Pág.171) dentro de un marco de solidaridad.

Ya en el siglo XX todos los fenómenos que perfilan la crisis del estado liberal, se agudizan ante las grandes conflagraciones mundiales y el período de la postguerra.

Toda la doctrina se vuelca hacia distintos postulados socializantes que empiezan a consagrarse en leyes y en los nuevos códigos como el italiano de 1942.

La aparición del derecho social, en la creciente intervención del Estado en la actividad económica fue debilitando paulatinamente la vigencia de los postulados fundamentales del liberalismo: la libertad contractual y la fuerza obligatoria.

El contrato pasa de ser un asunto de interés particular a ser un asunto de interés social que el Estado no puede descuidar (Vallespinos. Op. cit. Pág.174).

La teoría de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad implantadas por el liberalismo en casi todos los códigos del siglo

XIX quedan obsoletas ante el avance de la concepción social. La nueva concepción de la función del derecho, opone a la teoría liberal del contrato varias cortapisas: "El contrato sólo puede obligar en lo que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración" (teoría de la declaración), y "los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello a lo que la voluntad contractual se extienda sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios" (PASCUAL MARÍN PÉREZ. LA CRISIS DEL CONTRATO. ED- REUS. MADRID. 1.964. PAG. 7).

En este nuevo momento de su historia, el contrato sufre una limitación al principio de autonomía de la voluntad, que incidirá en la interpretación de su contenido y que procurará nuevas legislaciones e intervenciones del Estado en aras de regular los intereses de la comunidad en general. En opinión de SPOTA, se puede hablar de "función social del contrato y de los contratantes" (ALBERTO SPOTA. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS. DEPALMA. BUENOS AIRES. PÁG. 36).

En adelante el contrato deberá atender a todos los intereses sociales en juego, por ser precisamente el instrumento fundamental que tienen los individuos para atender a sus diferentes requerimientos y necesidades. Así lo advierte MOSSET cuando señala: "El contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social" (JORGE MOSSET ITURRASPE. JUSTICIA CONTRACTUAL. EDIAR. BUENOS AIRES. 1977. PÁG. 79).

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL EN LA CONTRATACIÓN

Lo que debe pretenderse en todo estudio sobre la transformación del derecho en definitiva, para utilizar la expresión de Garrigues, es poner en armonía la ley y la vida; es decir, se debe tratar de solucionar esa antinomia de que hablara Ascarelli, cuando se refería a la "tipología jurídica" y la "tipología de la realidad"; en el fondo toda reforma debe consistir en tratar de armonizar estas dos cosas.

Por ello, propongo observar ambas cosas separadamente, la realidad y la regulación legal, para que concluyamos en cuánto se alejan o aproximan.

Observando la sociedad actual podemos apreciar claramente las notas que caracterizan las relaciones negociales de los diferentes sujetos:

- a. El escenario es una sociedad de consumo, caracterizada por la masificación de los negocios y del obrar humano. Todo producto de la formación de los grandes centros urbanos. El derecho que se aplicaba en el siglo pasado, además de estar inspirado por finalidades y objetivos muy diferentes a los que ahora deben moverlo, estaba elaborado para una sociedad muy distinta, donde se observaba una acción jurídica mucho más lenta y más meditada. El fenómeno de la producción industrial en masa, posiblemente, como lo señalara Jaspers, es el dato más característico de nuestra época.
- b. Existen grandes fuerzas económicas que son las grandes productoras de los bienes y servicios que se imponen como necesidades primordiales para el individuo moderno. Las grandes empresas, por sus mismas necesidades de circulación económica y además por la constante demanda que supone la sociedad, mecanizan su actividad, fabrican en serie y en gran escala.

La gran empresa irrumpe en el mundo de las relaciones económicas y con su presencia se presenta la crisis del principio de la autonomía de la voluntad (LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ. BASES PARA UNA ORDENACIÓN DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL. ED. CIVITAS. MADRID 1.979. PÁG. 283).

- c. La tecnología se impone en todos los sistemas de producción y de circulación económica y se renueva a una velocidad exagerada.

Muchos productos llegan al consumo cuando las empresas están disponiendo su reemplazo por obsolescencia.

- d. La circulación de los productos y servicios tiene que efectuarse también en forma masiva y acelerada. Aparece la mecanización de los negocios jurídicos y el anonimato en las personas intervinientes. El ambiente en que vive el hombre, podría denominarse "ambiente tipo", al cual se adecúa en forma vertiginosa. También las manifestaciones contractuales se impregnan de la colectivización y aparecen los "contratos tipo" o "contratos de masas".

Como vigorizante y modernizante para la contratación mercantil, se presenta la llamada transferencia electrónica de fondos. El manejo del dinero efectivo que, al fin de cuentas, es la única especie liberatoria de las obligaciones dinerarias, adquiere nuevas modalidades, como la transferencia electrónica (GILBERTO PEÑA. ALGUNOS ASPECTOS DE LA MODERNA CONTRATACIÓN COMERCIAL. FORO NACIONAL DE NOTARIADO Y REGISTRO. CARTAGENA. MAYO DE 1986), que a su vez presenta riesgos no resueltos para los usuarios.

- e. Artificialmente se crean necesidades masivas, generalizadas mediante la acción de la publicidad. La agilización y la generalización de los grandes medios de comunicación contribuyen a influir al consumidor psicológicamente para hacerlo propenso al determinismo de la propaganda.
- f. Se observa un necesario y marcado intervencionismo estatal en todas las actividades productivas y económicas. El Estado acoge como cometido la tutela del interés general. Se acentúa la presencia del Estado en las tareas de organización de la vida colectiva y, singularmente, en la ordenación de las relaciones sociales enmarcadas en los ciclos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Sin embargo, para las relaciones de derecho privado, la normatividad sigue rezagada en el proceso de actualización a los nuevos momentos que vive la sociedad.

- g. Toda la transformación que ha experimentado la vida en sociedad, introduce modificaciones en la forma de relación negocial. Se estandarizan muchos contratos; aparecen formas contractua-

les preimpresas por las grandes empresas, en las cuales solamente interviene el usuario para manifestar su adherencia; se observa claramente la predisposición a un esquema negocial unilateral uniforme e inequitativo algunas veces para quienes se adhieran a él.

Se presenta también un vacío legal en cuanto a la regulación de una serie de figuras contractuales nuevas, que ha impuesto la realidad del comercio, por tanto gozan de tipicidad social, tales como el leasing, factoring, engineering, franchising, para citar algunas.

- h. Cada día se aumenta la situación de inferioridad de la persona frente a las grandes concentraciones de capital que han acaparado el mercado de la oferta de contrato. Pero se agrava aún más con el hecho de que los empresarios no han alternado en el sistema de la libre competencia, sino que realizan concertaciones y se agrupan alrededor de determinadas pautas de contratación, de tal manera que las condiciones de la oferta aparecen estandarizadas frente al consumidor

Ahora observemos la regulación jurídica para los tratos negociales.

- a. El sistema jurídico imperante data del siglo anterior, adaptado a las circunstancias sociales, económicas y políticas de ese medio ambiente. "El derecho obedecía a la realidad imperante en ese período de la historia" (VALLESPINOS. OP. CIT. PÁG. 181).
- b. La solución que presenta el derecho frente a este panorama es un sistema jurídico tradicional, fundado en la escuela del liberalismo, fiel garante de la libertad económica y que predica la igualdad frente al contrato y las formas negociales, de donde parte para la interpretación misma de los tratos. Ese sistema se presenta ostensiblemente insuficiente para regular las situaciones de desequilibrio creadas por el consumo e impotente para establecer una igualdad real.
- c. También queda por establecer si las antiguas categorías contractuales del sistema clásico siguen vigentes todavía y si logran encuadrar en ellas las nuevas relaciones que impone la vida social.

Caracteriza nuestros días, en opinión de VALLESPINOS (Op. cit. Pág.207), la estandarización de las relaciones jurídicas, la masificación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, la presencia de ofertas oligopólicas o monopólicas, etc. Ninguno de estos fenómenos los contempla nuestro sistema jurídico tradicional.

- d. La libertad jurídica en los contratos ha decaído y solamente se manifiesta, en la mayoría de los casos, en uno solo de los sujetos de la relación jurídica contractual. Para el adherente, esa libertad existe solamente para decir si contrata o no contrata, con la advertencia que en muchos casos, ni siquiera conserva esa posibilidad de decisión. El individuo ha perdido su libertad para determinar el contenido del contrato; el contratante de superioridad económica no le permite la discusión del esquema que los regulará en el futuro.

En la actualidad la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente y que dispone de recursos para negociar, son *standard*. Por ejemplo, los que realiza para tomar un bien en arrendamiento donde vive o donde pasará sus vacaciones; para transportarse por los diferentes medios, los de compraventa en su gran mayoría, como cuando compra un carro; para abrir una cuenta corriente o de ahorros; para obtener un seguro de vida, para comprar víveres en un supermercado, para ver una película o para parquear un carro; para comprar muebles y enseres, para cubrir necesidades de seguridad u otros servicios. No exageraríamos si afirmamos que casi todos los contratos del hombre corriente son contratos por adhesión. (MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN: PROBLEMAS Y SOLUCIONES. REVISTA DE DERECHO CIVIL. N.3. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. NOVIEMBRE DE 1985. PÁG. 8).

Todo el panorama que presentan estas reducidas notas necesariamente invitan a reflexionar sobre varios aspectos: definitivamente el Estado moderno tiene que atender a nuevos cometidos para equili-

brar la posición jurídica de los particulares en su actividad negocial. De otro lado se tienen que buscar las fórmulas adecuadas para que esa protección sea efectiva.

“El derecho debe ajustarse a los hechos. Si las normas del orden público son violadas de una manera constante por el conjunto de la población, hay que cambiarlas”, es la opinión de CARBONNIER, y a tal empeño debemos dirigir nuestros esfuerzos.

Es momento para plantear como interrogante si el moderno tráfico de bienes encuentra en el contrato la respuesta adecuada del ordenamiento jurídico y de precisar hasta qué punto el régimen jurídico unitario de la contratación subsiste o puede subsistir tras el impacto que le ocasiona la constante intervención del Estado (Suárez-Llanos. Op. cit. Pág.287).

El contrato ha dominado por mucho tiempo el mundo de las relaciones humanas y concretamente el de la circulación de bienes y servicios. Esta circulación ha tenido en el contrato su cauce jurídico por excelencia, logrando una gran fluidez, precisamente por estar rodeado el contrato de toda la protección liberal, asentado sobre la declaración de voluntad como causa de sus efectos jurídicos, eximido en su mayor número de formalidades, que solamente se presentan por vía excepcional. Esa voluntad libremente manifestada ha inspirado el mundo económico y ha determinado sus avances; esa voluntad es reconocida por el derecho como fuente creadora del mismo con las solas limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres.

Pero cuando nos encontramos con una relación de intercambio diferente, caracterizada por las notas anteriormente enumeradas, la reglamentación deja de ser pertinente; el concierto de las voluntades no es armónico y la relación que se presenta entre los sujetos deja de ser un acuerdo de voluntades. Como lo señala SUÁREZ-LLANOS (Op. cit. Pág.296), en estos casos contratar es, en realidad, aceptar colocarse en una situación que producirá efectos jurídicos; pero unos efectos jurídicos que no serán fruto de una voluntad autónoma, de un auténtico acuerdo, sino de una voluntad heterónoma que tiene sus raíces o en la ley o en la voluntad del contratante más poderoso.

LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN.

Como un hecho indiscutible se presentan en el tráfico económico contemporáneo unas claras transformaciones en la contratación civil y mercantil.

a. Contrato por adhesión a condiciones generales

Esta modalidad contractual se encuentra indiscutiblemente vinculada a la sociedad de consumo y ésta, a su vez, se encuentra relacionada de manera semejante a la gran empresa y a la tendencia contemporánea de producir en serie bienes y servicios (Stiglitz- Stiglitz. Op. cit. Pág.47).

El tráfico en masa se ve estimulado por la multiplicación del número de consumidores en los grandes centros urbanos y por los medios masivos de comunicación que extienden la necesidad del consumo hacia los lugares más apartados. El tráfico económico se convierte en un tráfico en masa, acelerado y estimulado por las constantes demandas del consumidor.

La circulación de este tipo de bienes y servicios producidos en serie, no encaja en las estructuras tradicionales de negociación.

Por lo pronto, la etapa de formación donde las partes tenían oportunidad de discutir las condiciones del acuerdo, queda superada. La contratación en masa requiere otro "Ritmo" que sólo permite la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e inmodificables en su formulación (Stiglitz- Stiglitz. Op. cit. Pág.48). Se limita la intervención de las partes, pues el examen del contenido del contrato, queda reemplazado por una mecánica, consistente en formularios preimpresos redactados por la empresa, con disposiciones manifiestamente favorables a sus intereses y con detrimento para la parte débil del negocio. La uniformidad en el goce y cambio de las cosas y servicios conduce la fungibilidad de los contratos. (Stiglitz- Stiglitz. Op. cit. Pág.48).

En este proceso hacia el contrato, es manifiesto que el rol de la voluntad del consumidor queda reducido a nada. No participa en lo que será el esquema o contenido del contrato. La etapa de formación del negocio queda reducida a un esquema preimpreso que el contratis-

ta detentador de la “fuerza económica” ha preparado con debido cuidado y viene utilizando con anterioridad y piensa utilizarlo en el futuro. Será la práctica y algunos fallos judiciales desfavorables a sus intereses, los que le inviten en un futuro a incluir algunas modificaciones, que seguramente realizará su departamento jurídico pero en las cuales no intervendrá ninguno de los consumidores.

Esta forma de contratar impone al consumidor o usuario a tomar o dejar el contrato sin que pueda discutir sus motivos. En muchas ocasiones tendrá que aceptar aun contra su voluntad, porque la empresa es monopolista o porque la competencia tiene exactamente las mismas formas contractuales.

En este tipo de contratos no podemos apreciar la “libertad contractual”, que, según Larenz, supone para el individuo la posibilidad de reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y en tanto con ello queda afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido. (Larenz, K. DERECHO DE OBLIGACIONES. ED. R.D.P. MADRID 1.958, PÁG. 65). No observamos esta libertad, pues una voluntad depende del arbitrio de la otra.

El contrato por adhesión es un supuesto típico de desplazamiento del principio de la libertad contractual (Stglitz- Stglitz. Op. cit. Pág.49); con este tipo de contratos se rompe el modelo de corte individualista en cuanto a la formación del negocio jurídico.

Esta clase de contratación se impone en la vida moderna y a pesar de lo mucho que se viene escribiendo en este siglo sobre su desarrollo y perfil legislativo, la realidad es que es un tema en evolución, que es preciso delimitar para dar soluciones jurídicas a los desequilibrios que plantea.

b. En busca de un concepto sobre los contratos de adhesión a condiciones generales

Desde 1901, año en el cual Saleilles introdujo el término contrato de “adhesión” en el romance jurídico, se ha seguido toda una polémica por definir lo que debe entenderse por este tipo de contratos.

Incluso el mismo término utilizado se ha discutido; algunos prefieren la denominación de contratos Standard, o contratos a condiciones generales, contratos tipo, contratos reglamento, contratos autoregulatorios, etc.

Incluso, la discusión se ha extendido a establecer si son en realidad contratos, o más bien actos unilaterales y han surgido tesis eclécticas para explicar su naturaleza jurídica. Algunos prefieren hablar de relaciones obligatorias más bien que de contratos forzosos, que son similares a las que derivan de un contrato, pero que no tienen su causa en un contrato sino en un acto de soberanía estatal (Diez-Picazo); para otros es mejor utilizar la noción de "relaciones contractuales de hecho", explicando que son unas relaciones jurídicas, en todo iguales a las contractuales, sin que en su origen pueda encontrarse un verdadero contrato, llamadas por la doctrina alemana "prestaciones del tráfico en masa" (Haupt); incluso, se llegó a introducir en la dogmática de fuente de las obligaciones, la categoría de "la conducta social típica", que se entiende como un comportamiento social del que derivan unos efectos jurídicos semejantes, aunque no iguales, a los que se asigna al contrato (Larenz).

La realidad es que, con este tipo de contratos, queremos hacer clara diferencia de aquellos preestipulados, en los cuales participan ambas partes en su elaboración y discusión o al menos pueden hacerlo en pleno ejercicio de su libertad contractual.

Observemos algunos de esos enfoques y encontraremos en todos ellos la idea común que venimos planteando:

1. Saleilles decía a principios del siglo: "Indudablemente hay contratos de contratos... Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún esta por hacer,... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo sino a una colectividad determinada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen

aceptar su *Lex Contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo”.

2. En opinión de Le Pera (Sergio Le Pera. CUESTIONES DE DERECHO COMERCIAL MODERNO. ASTREA. BUENOS AIRES. 1974, Pág. 271).

En sentido estricto, contrato de adhesión parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad respecto de la otra.

3. Messineo, define el contrato por adhesión como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

Algunos autores parten, para sus estudios, más bien del concepto de condiciones generales, estrechamente vinculado al de esta clase de contratos.

4. Para García Amigo (M. GARCÍA AMIGO. CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS. REVISTA DE DERECHO PRIVADO. MADRID 1969), por condiciones generales de los contratos, designamos la serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vistas a la celebración de una serie indefinida de contratos que al ser aceptadas por las partes pasan a regular la relación contractual que aquellas deseen crear, estableciendo su contenido normativo, y, por efecto reflejo, el contenido obligacional subjetivo, sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias.
5. Federico de Castro y Bravo (LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS Y LA EFICACIA DE LAS LEYES CIVITAS. MADRID. 1985. Pág. 12) ofrece su concepto sobre condiciones generales:

“Bastará a nuestro objeto decir que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el

contenido (derechos y obligaciones) de los contratos sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar.”

PROBLEMAS Y VENTAJAS DEL CONTRATACIÓN STANDARD

Los principales problemas que plantean los contratos estándar son afrontados con un sistema jurídico tradicional que no fue establecido para ellos.

Observemos algunos de los problemas e inconvenientes que se presentan con este tipo de pactos:

- Como una de las partes redacta y la otra adhiere, ¿podrá decirse que el segundo actúa con libertad contractual? ¿Podrá afirmarse que el adherente dio su voluntad al contrato estándar? ¿Se encuentran las partes en una posición de igualdad contractual?

- Como la parte que detenta la fuerza económica redacta y tiene, por su actividad de empresa, generalmente, una adecuada asesoría técnica y jurídica, aprovecha el vehículo de las condiciones generales para reforzar su lugar en el contrato y debilitar al adherente, siendo este punto el mayor de los peligros que presenta el contrato de adhesión (GARCÍA AMIGO. Op. cit. Pág. 28). ¿Valdrán las cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad y las obligaciones del empresario? ¿Qué puede hacerse con las cláusulas onerosas para el adherente?

- En la práctica las condiciones generales contienen reglas tan laberínticas y oscuras que ni siquiera un buen conocedor del derecho logra entenderlas (FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO. Op. cit. Pág.19). Muchas cláusulas además de estar redactadas ambiguamente o de forma ininteligible, aparecen en letra menuda que no lee el adherente o que llega a conocer después de firmado el contrato o no se conoce de su existencia (GARCÍA AMIGO. Op. cit. Pág.29).

- Muchas cláusulas también las redacta el contratante prevalente pensando en supuestos excepcionales de modo que no siempre el resultado encaja en ellas y, por el contrario, se presenta desmesurado y ajeno al propósito del redactor.

- Sucede, a veces, la concertación de empresas para redactar las condiciones generales y, de esta manera, unificar sus esquemas contractuales frente al usuario en general.

- También ocurre la presencia de cláusulas técnicas, establecidas por el estipulante, quien conoce perfectamente su oficio y que son una desventaja para el adherente, quien es un hombre medio, y quien no las entiende.

- Pero desde otras ópticas jurídicas los problemas y dificultades que plantean los contratos de adhesión no son menos en cantidad y densidad. ¿Podrán invalidarse las cláusulas contractuales abusivas? ¿Podrán los jueces, con fundamento en el sistema jurídico tradicional, echar por tierra algunas de estas cláusulas abusivas? ¿Debe considerarse obligatorio el contrato con este tipo de cláusulas? ¿Responden las razones de invalidez del negocio jurídico tradicional a este tipo de abusos? La concepción tradicional de los vicios del consentimiento, ¿será suficiente para lograr la equidad en este tipo de relaciones jurídicas?

- ¿Son los contratos de adhesión en realidad contratos? ¿Serán actos unilaterales? ¿Será un negocio de base contractual y de fondo reglamentario?

¿Tendrá algún sentido continuar hablando de contrato, cuando una de las partes está obligada a contratar? ¿Podrá decirse que el ciudadano que utiliza un bus urbano para transportarse celebra un contrato de transporte? ¿O celebrará un contrato el ciudadano que adquiere una cajetilla de cigarrillos en una máquina automática? ¿Celebrará un contrato quien acude al autoservicio en las grandes cadenas de almacenes? ¿O podrá afirmarse que hay contrato en la relación de seguro que se establece en algunos países en forma obligatoria en materia de responsabilidad automobiliaria?

- Las reglas tradicionales de interpretación de los contratos están elaborados para una contratación en pie de igualdad y se presentan ineptas para aplicarse en una contratación a condiciones generales o standarizada, que de suyo, sabemos desequilibrada. Nos preguntamos

si podemos sustraernos a dichas reglas y podrán los jueces encuadrar este tipo de situaciones en otras pautas de interpretación, acuñadas en la buena fe, o en principios generales como el abuso del derecho.

La premisa sentada en el Código Napoleónico que consagran la mayoría de los códigos occidentales para interpretar en favor del adherente (artículo 1624 del C. Civil Colombiano) es ingenua e insuficiente. Dice la norma que "las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes... se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella", pero la realidad es que tales cláusulas no son ambiguas sino muy claras. (De esta misma opinión, GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, ESTUDIO CITADO); su problema no es que sean ambiguas, sino que son abusivas para la parte que adhiere al convenio.

Estos son algunos de los problemas que plantea la contratación por adhesión o estandarizada o a condiciones generales, según se le quiera llamar.

Pero la realidad hay que aceptarla, el hecho económico debe atenderse y el derecho está llamado a adecuarse al momento. Muchas de las dificultades y problemas enrostrados son reales y otros aparentes. No debemos suprimir como premisa que este tipo de pactos son indispensables en el tráfico económico contemporáneo. Corresponde al derecho ofrecer las vías para su control. No creo que estemos, como decía algún autor, ante la muerte del contrato. "¿Cómo hablar de la crisis del contrato, cuando acrece su número, se diversifican sus especies y se abulla su contenido obligatorio?", decía el profesor Risolía. En otras palabras, ¿existe tal muerte del contrato? ¿No será más bien que la sociedad se transforma, que la vida moderna es más compleja y que deben amoldarse nuestras instituciones a los nuevos momentos en que se vive?

Para el profesor Vallespinos (Op. cit. Pág. 202), el contrato, estructuralmente está en crisis porque sus principios de libertad e igualdad presentan profundas alteraciones, sin embargo esa voluntad no está aniquilada. El contrato simplemente ha variado las bases sobre las cuales asienta su misión y su alcance a la vez han nacido nuevas expresiones de los vicios de voluntad.

La contratación a condiciones generales, no obstante sus inconvenientes y problemas, también ofrece sus VENTAJAS. La doctrina (FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO. Op. cit. Pág.17) no duda en señalarlas: 1- Que dichas cláusulas no se establecen sólo para limitar la responsabilidad del empresario o para que este obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas. 2- Que los códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse de regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama del comercio. 3- Que con ellas se procura claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos. 4- Que las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de riesgos mediante el seguro. Agrega García Amigo a la lista de ventajas de la contratación a condiciones generales (Op. cit. Pág.25): 5- Las condiciones generales de los contratos se acomodan perfectamente a la realidad social y a las necesidades prácticas. 6- Además se va preparando de una manera progresiva, sobre una base real, la modernización de los ordenamientos positivos. 7- Colaboran con la unificación del derecho comparado relativamente a las relaciones contractuales a que se refieren, dada la aplicación sin límites de fronteras de muchos de sus modelos. 8- Hay ventajas incluso para el adherente, pues hay igualdad para cada uno de los adherentes con la empresa predisponente, no hay posibilidad que un contratante obtenga mejores condiciones que otro. 9- Las condiciones preimpresas hacen posible una difusión y conocimiento de las condiciones generales en que se contrata, que sin ellas no se lograría en muchos casos; además se facilita la contratación por categorías profesionales que se adecuan mejor a las exigencias del tráfico, lo que no se logra con las generalizaciones necesariamente abstractas que trae la ley.

Es indudable que los contratos standard tienen y tendrán un creciente uso en la práctica comercial, por tratarse de mecanismos ágiles y rápidos para la circulación de los bienes y servicios de consumo. Además, constituyen una forma o mecanismo práctico y sencillo para controlar las facultades de los subalternos y dependientes del comerciante, quienes tienen que ajustar con la clientela, en forma rápida, casi

instantánea, convenios comerciales de cuantías enormes, cuya estipulación no puede estar al arbitrio de los dependientes jurídicos o administrativos. Este tipo de contratos, por ejemplo en la práctica bancaria, constituyen una "camisa de fuerza" para que el gerente no desborde sus facultades (GILBERTO PEÑA. ESTUDIO CITADO).

EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES.

Es evidente que los estudiosos del derecho deben procurar soluciones para la realidad que se impone en la contratación moderna. Pero como advierte WEILL, el deber del jurista es estudiar el derecho pero no como fin en sí mismo sino como medio de adaptación a las exigencias de la vida.

Pero antes de sentar posibles soluciones a la problemática debemos atender algunos presupuestos:

a. Los derechos del consumidor

Dijo CÉSAR VIVANTE: "El legislador convocó al empresario a compilar el código, y luego dijo a los consumidores: He aquí el código que debéis respetar". Nadie duda sobre cuáles deben ser las tareas y cometidos del Estado moderno. Le corresponde al Estado intervenir en la tarea de proteger los derechos del consumidor, la cual podrá realizar de múltiples maneras. Según opinión de LARENZ (citado por Eduardo Polo. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO PRIVADO. CIVITAS. MADRID. 1980. Pág. 26), bien se produzca esa intervención en la configuración interna del contrato o bien se manifieste en la libertad de contratar.

En cuanto a la configuración interna del contrato, el Estado interviene para fijar precios, proteger al consumidor, defender el interés público. Se puede manifestar en la necesidad de aprobar un contrato por una entidad estatal, imposición de contratos tipo y formularios aprobados por el Estado, prohibición del contrato cuando éste se halla sometido a autorización, corrección de contratos para impedir la nulidad.

Con relación a la libertad de contratar, se impone a ciertas empresas la obligación de hacerlo, cuando son monopolio o prestan servicios públicos.

También se interviene rompiendo la competencia desleal. Se facilitan, además, las condiciones para la creación de asociaciones y agrupaciones de consumidores, etc.

Superando una inicial formulación de un concepto tradicional de consumidores que lo concretaba al comprador de productos alimenticios o farmacéuticos, se llega a un concepto más amplio como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada. (POLO. Op. cit. Pág. 29).

Así se perfilan ahora varias inquietudes en pro de la defensa del consumidor, tareas que corresponde emprender al Estado:

- Revisión de los códigos de corte decimonónicos, para regular condiciones generales, cláusulas abusivas, ventas a domicilio.
- Imposición de nuevas obligaciones a empresas, como la información al consumidor.
- Agravación de la responsabilidad del fabricante o del vendedor.
- Mayor represión de la publicidad engañosa.
- Creación de organismos de defensa de los consumidores.
- Representación y participación de los consumidores en los organismos que tomen decisiones que les afecten.

En países como España se elevó el derecho del consumidor a garantía constitucional. El artículo 51. # 2º. de la Constitución de 1978 dice: "Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca".

Desde la Carta Europea de Protección de los consumidores del Consejo de Europa, en mayo de 1973, y del Programa Preliminar para una Política de Protección e Información a los Consumidores, de la Comunidad Económica Europea en abril de 1975, se ha venido delineando y concretando esos derechos que corresponden a los consumidores.

b. Los derechos fundamentales de los consumidores

Se organizan las pretensiones a que tienen derecho los consumidores en la sociedad moderna, en los siguientes derechos (GABRIEL A. STIGLITZ. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR. DE PALMA. BUENOS AIRES. 1986. Pág.42):

1. Derechos de la educación y organización. Consisten en enseñanzas que deben brindarse a la población, de manera tal en el nivel y la organización, que pueda contrarrestar la agresión que soporta inconscientemente de la Empresa.
2. Derecho a la información: Ya no en la esfera general del consumo, se dice que el consumidor tiene derecho a un adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y a las características de los productos o servicios que adquiere.
3. Derechos de expresión (Consulta y Participación). Las organizaciones de los consumidores tienen derecho a que se les consulte sobre situaciones conflictivas que pueda presentar el mercado, por parte de las autoridades gubernamentales.
4. Derechos de asesoramiento y asistencia: Las asociaciones de consumidores tienen derecho a que el poder público les brinde un adecuado asesoramiento y una asistencia para que puedan cumplir a cabalidad su finalidad.
5. Derecho de Representación y acceso a la justicia: Se trata de poder representar los intereses de los consumidores ante autoridades administrativas y judiciales.

c. El interés del consumidor como un interés colectivo o difuso

No puede observarse el interés del consumidor como un interés de carácter personal. El interés del consumidor no encaja en el plano exclusivamente individual, (STIGLITZ-STIGLITZ. Op. cit. Pág.13) este interés tiene una dimensión social y así debe encuadrarse en los ordenamientos jurídicos.

Las agresiones a tales derechos tienen carácter impersonal, no son aislables y el perjuicio que ocasionan lo sufre la comunidad, sin perjuicio de que algunas personas lo sufran más que otras.

En este orden de ideas se expresan STIGLITZ Y STIGLITZ (Op. cit. Pág.13): "El interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad permanente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad".

d. La protección del consumidor en el derecho privado

Son varios los caminos que se observan en el derecho comparado para hacer efectiva la protección del consumidor en el campo privado. El Estado intenta cumplir su cometido con sus tres ramas principales.

- **Con la rama EJECUTIVA**, se presenta una clara intervención en la aprobación de ciertos contratos, como por ejemplo, los de seguros, que antes de ser utilizados deben aceptarse por las respectivas agencias del Estado encargadas del control de este tipo de compromisos; también en contratos para la comercialización de emisiones de acciones o de bonos que deben pasar por la respectiva Comisión de Valores, etc., por esta vía, el Estado encuentra la posibilidad de revisar de manera previa las condiciones establecidas en el contrato, y podrá abstenerse de aprobarla si considera que existen cláusulas abusivas o que favorecen al estipulante.

Criticamos la efectividad de esta vía para la solución de la situación de desequilibrio que presentan estos contratos, por las influencias de orden político que pueden presentarse, además de que sería imposible al Estado y grave perjuicio para el desarrollo económico de un país, la revisión de todos los contratos Standard que se realizan en un determinado conglomerado social. Una acción previa del Estado, podrá ocasionar una demora y un freno al tráfico económico con graves consecuencias para el desarrollo social.

- **Con la rama JURISDICCIONAL**, el control de los contratos estándar, no obstante la existencia de un régimen jurídico contractual propio para otras épocas, supondría desligarse de las pautas de interpretación clásicas que miran a los contratantes en pie de igualdad y dar cabida a principios generales, como el de la buena fe, para llegar a conclusiones más equitativas.

El principio de la "buena fe" ha sido utilizado por tribunales extranjeros para invalidar cláusulas que serían válidas sino se tratase de un contrato Standard. Ilustrativo el caso del Tribunal Alemán (de 7 de febrero de 1969. EL BUNDESGERICHTSHOF. BGHZ 41) que ante la demanda de perjuicios interpuesta por un depositante en razón de algunos artículos depositados que sufrieron destrucción y otros que fueron robados, y cuyo argumento era, que a pesar de que, por la cláusula de las condiciones generales del contrato, era responsable el depositario (almacén general de depósito) cuando él o sus representantes habían incurrido en culpa que debería ser probada por el depositante, en ese caso, por tratarse de un contrato Standard, esta cláusula del contrato era irreconciliable con el principio de la buena fe. Al respecto dijo el Tribunal: "Una cláusula de un contrato Standard que modifica la carga de la prueba no puede considerarse equitativa si el que lleva el ONUS PROBANDI debe probar circunstancias que están dentro de la esfera de influencia de la parte que impuso la nueva regla, porque el resultado de muchos procesos de este tipo (depósito) depende de la carga de la prueba". (Caso traído por CEPEDA ESPINOSA. Op. cit. Pág. 25).

Los tribunales franceses se han orientado en algunas oportunidades, más que a principios generales, para aplicar las reglas tradicionales en una forma laxa, a veces hasta deformándolas, acudiendo a la teoría de los vicios del consentimiento, particularmente al error. La Cour de Lyon (15 de julio de 1952), sostuvo que, aunque el demandante no había sido inducido dolosamente a firmar el contrato Standard redactado por la Societ'e Francaise Mutelle de Crédit, no era menos cierto que, siendo la letra y términos del contrato muy difíciles de entender a primera vista, éste no había sido informado acerca de las condiciones y de la amplitud de sus obligaciones y tampoco había sido colocado en situación de hacerlo. En esta ocasión, la Corte anuló el contrato por error (caso traído por CEPEDA ESPINOSA Op. cit. Pág.25).

También los jueces franceses acuden al principio de que las condiciones meramente potestativas en favor del deudor no son válidas para anular ciertas cláusulas del contrato Standard, para frustrar la cláusula del contrato de suministro que establecía que el proveedor no se comprometía ni por la mora ni por el envío de las mercancías. (Caso traído por CEPEDA ESPINOSA. Op. cit. Pág. 26.

La Corte Suprema de New Jersey en 1960, también trae un importante caso (citado por Cepeda Espinosa. Op. cit. Pág. 22), donde se discutía sobre la "letra menuda" que se coloca en ciertos contratos. En una venta de un automóvil, el contrato fue de adhesión y se colocó una cláusula limitando la garantía, prevista en la ley. Esta cláusula estaba escrita al respaldo del contrato, en letra más pequeña. Dijo la Corte: "Existe un principio general consistente en que el que no lee el contrato antes de firmarlo no puede posteriormente exonerarse de someterse a sus efectos, a no ser que hubiese habido dolo. Sin embargo, dadas las nuevas prácticas negociales y la modernización de las actividades comerciales, este principio no puede aplicarse estrictamente. La razón es que el contrato como tradicionalmente se entiende, es el resultado de la libre negociación de unas partes que, movidas por las fuerzas del mercado, se encuentran en una posición de cierta igualdad económica. En estas circunstancias no hay peligro de que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad sean una amenaza para el orden social. Pero en la actualidad las empresas que tienen un poder y una posición negociadora muy fuerte recurren al empleo masivo de contratos tipo".

Esta vía que venimos analizando encuentra también sus tropiezos; ante todo supone cierta rebeldía en el orden jurídico existente. En Francia, algunos juristas denominaban la actividad de los jueces que se atrevieron a dar el paso como "clandestina".

Siempre encontraremos los eternos enamorados del "purismo jurídico" que seguramente no aceptarán por la vía judicial e interpretativa la actualización del derecho a los momentos actuales.

Se correrá el riesgo de que existan magistrados acordes y desacordes con este tipo de interpretaciones, con la grave inseguridad que crea para los ciudadanos una justicia apenas probable y contradic-

toria. No hay tampoco una norma de interpretación clara que pudiese llevar a interpretar el contrato en contra de quien lo redactó. El principio de la teoría tradicional es que las cláusulas ambiguas se interpretan en contra de quien las redacta, sea deudor o acreedor. Luego, si no se trata de cláusulas ambiguas vendría un problema para poder equilibrar la negociación por esta vía.

- **LA VÍA LEGISLATIVA** es otra posible solución para equilibrar este tipo de contratos. Allí han llegado muchos países que han introducido una verdadera reforma legal al derecho de las obligaciones y contratos.

Son varias las soluciones que podemos observar en el derecho comparado:

En Italia, el Código de 1942, dedica los artículos 1341, 1342 y 1370. Es ilustrativa la exposición de motivos del legislador italiano sobre el particular: "La necesidad de asegurar la uniformidad del contenido de todas las relaciones de idéntica naturaleza, para una determinación más exacta del área que le es inherente; la dificultad que se opone a los tratos precontractuales con los clientes, a los cuales no podrían atender más que agentes y productores carentes de legitimidad para contratar; la exigencia de simplificar la organización y la gestión de las empresas, inducen a los empresarios a preestablecer módulos cuyo texto no puede ser discutido por el cliente, si el cliente no quiere renunciar al negocio en cuestión. Semejante método de conclusión del contrato no debe retenerse ilegítimo solamente porque no haya lugar a tratos y debates sobre las cláusulas, construyendo a aceptar pactos preordenados. La realidad económica actúa también sobre una rápida conclusión de los negocios, que es condición de una aceleración del fenómeno productivo; a esta exigencia se sacrifica la necesidad de una libertad de tratos precontractuales, que ocasionaría obstáculos con frecuencia insuperables. Pero la práctica de los contratos por adhesión ha dado lugar a abusos en casos en que los esquemas preestablecidos contienen cláusulas que ponen a los clientes a merced del empresario. La jurisprudencia ha reaccionado como ha podido contra dichos abusos, alargando unas veces el concepto de ilicitud, y otras veces afirmando la falta de consentimiento sobre algunos pactos oneroso, ba-

sándose en el hecho de que éstos han escapado a la atención del adherente, ya que estaban estampados en caracteres microscópicos. Los artículos 1341 y 1342 pretenden eliminar cualquier abuso, ante todo dando eficacia jurídica solamente a las condiciones generales que al momento de la conclusión del contrato el cliente había conocido o debía conocer (1341. 1o.); en segundo lugar, declarando nulas las cláusulas de particular gravedad, cuando sobre las mismas no se haya llamado específicamente su atención (1341. 2o. y 1342. 2)”.

Así, el legislador italiano abrió campo a la clasificación de los contratos privados. Unos, los contratos que se forman a través de una preparación *VOLTA PER VOLTA* por las partes, de tal manera que el contrato tiene un contenido que representa todos los tratos preliminares en que participaron abiertamente ambas partes. Otra, la de los contratos *PER ADESIONE*, que se caracterizan porque el consentimiento de una de las partes es manifestado mediante su adhesión a un esquema contractual predispuesto por la otra y que supone la falta de discusión previa sobre el contenido de las cláusulas o de algunas de ellas.

El sistema italiano ha recibido muchas críticas (ver por ejemplo VALLESPINOS. OP. CIT. PÁG. 357), pues el artículo 1341 parece olvidar el problema y le da validez al negocio si se presenta la ratificación a través de la firma, que en opinión del citado autor sería una medida en extremo ingenua, además porque equipara el conocimiento con el consentimiento.

De otro lado, al artículo 1370 que establece: “Las cláusulas insertas en las condiciones generales o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”, tampoco aporta solución, pues dicha interpretación es solamente en caso de duda, manteniéndose en el esquema clásico.

El tema de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas se ha legislado en países como Alemania (1976), Israel (1964), Suecia (1971), Inglaterra (1977), entre otros.

LAS POSIBILIDADES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS.

Al momento de hablar de la protección del consumidor en el derecho privado, hay que pensar sin duda alguna en el tema de la contratación. De nada servirían las demás acciones del Estado por sus otras ramas si permanece un sistema que somete a las partes a la ley del contrato.

Para asegurar la eficacia de la protección de los derechos de los consumidores se precisa una reforma profunda en el derecho de los contratos, precisamente el carácter dispositivo de la mayoría de sus normas ocasiona una gran interferencia para lograr el cometido. El tema de las cláusulas abusivas y de las condiciones generales, en aspectos como el de prestación, cumplimiento o responsabilidad en el contrato, son el centro de la problemática de la protección al consumidor que presenta la materia.

Veamos dónde y en qué deben consistir esas reformas:

1. En la etapa de formación del contrato: Se deben establecer normas de índole imperativa, que llevarían a modificar muchas de ellas que hoy solamente tienen un temple dispositivo. De esta manera se impediría el carácter ilícito o abusivo de muchos pactos, como las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad, las que limitan las garantías, las que invierten la carga de la prueba o acortan plazos de prescripción, o acomodan el lugar de competencia para solucionar ciertos conflictos, jugando con el lugar del pago o del cumplimiento de la obligación.

Si se desatienden las normas de índole imperativa deberá acarrear la sanción de invalidez de la cláusula, que deberá operar de pleno derecho. Exigir la declaración judicial de invalidez equivaldría a desproteger notoriamente al adherente.

2. Sería indispensable clasificar legalmente los contratos en preestipulados y por adhesión a condiciones generales, a fin de buscar efectos jurídicos diferentes en cada uno de ellos, desde

normas especiales para su interpretación hasta las mismas normas imperativas.

El consentimiento se produce en ambos casos en forma diferente y esto debe incidir en los vicios del consentimiento que no pueden ser mirados con la misma óptica.

3. Como paso previo a la formación del contrato debería pesar sobre la empresa un deber de información, consistente en suministrar al consumidor un detalle veraz y completo sobre precios, calidad, cantidad, composición, características y condiciones de los productos y servicios objeto del contrato, contenido de éste. Este deber hoy lo podríamos entender dentro del deber de buena fe que se impone en la etapa preparatoria, pero se precisa que sea un deber especialísimo para los contratos por adhesión a condiciones generales.
4. Sobre las condiciones generales de los contratos, es necesario observar tres aspectos: (Polo. Op. cit. Pág. 91).
 - a). La formulación de condiciones tipo, donde habría injerencia estatal y de las organizaciones de consumidores.
 - b). Sobre el alcance y la fuerza obligatoria de las cláusulas de los contratos de adhesión, sería necesario: determinar qué debe entenderse por cláusula abusiva. Miremos lo que dice la ley inglesa sobre el particular: Hay distintos tipos de cláusulas abusivas; las que limitan o excluyen la responsabilidad por culpa en caso de accidente temporal; las que excluyen o limitan la responsabilidad por culpa en caso de daño o pérdida de las mercancías (en Colombia, tenemos este principio en contratos como el de transporte, pero en forma general); las que limitan o excluyen la responsabilidad de los proveedores respecto a la propiedad de las mercancías o su descripción o calidad; las que obligan a una parte a garantizar a la otra de las eventuales pretensiones que se puedan ejercitar en su contra; las que limitan o excluyen la responsabilidad por violación del contrato permiten modificar la ejecución en relación con lo que razonablemente se podía esperar, o

que reservan el derecho de eximirse de la ejecución total o parcial de la obligación.

CLÁUSULA ABUSIVA no significa necesariamente que sea ilícita, pero puede serlo. Perfectamente, desde un punto de vista formal, algunas estipulaciones pueden aparecer completamente lícitas, pero serían abusivas en cuanto al fin que persigue el predisponente que es asegurar su posición dominante en el contrato.

No implica la **CLÁUSULA ABUSIVA** que deba reportar una ventaja económica, basta la ventaja de cualquier índole para el predisponente; como cuando se otorga el derecho a realizar la entrega de la cosa unilateralmente. Para que estemos ante una cláusula vejatoria es suficiente que el adherente quede en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.

El derecho alemán (Ley para la regulación de las condiciones generales del 1 de abril de 1977), considera ineficaz la estipulación contractual cuando perjudica al adherente indebidamente, en oposición al principio de la buena fe. La cláusula acreedora de tal sanción sería, entre otras, aquella que limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

- c) También sería necesario el control de las condiciones generales; son dos sistemas los que aparecen: un control judicial, fortalecimiento para el efecto a la rama jurisdiccional o un control administrativo, por un organismo defensor de los consumidores como el ombudsman de los consumidores escandinavos.

El **CONTROL JUDICIAL** es fundamental para lograr el bloqueo de las condiciones generales. Es necesario fortalecer la discrecionalidad del juez para apreciar circunstancialmente el contrato, porque puede ocurrir que otros remedios sean insuficientes en un momento dado.

Se piensa que ese **CONTROL JUDICIAL** puede revestir dos

modalidades: LA PRIMERA, sería un control previo, según el cual las condiciones de los contratos deberían ser homologadas por los tribunales antes de ser aplicadas por las empresas. Este control sustituiría la aprobación administrativa que requieren algunos contratos, que en opinión de GARCÍA AMIGO (Op. cit. Pág. 180) es preferible, por la sencilla razón de que el juez es un conocedor del derecho privado, mientras que los funcionarios públicos están en un contacto más lejano con referencia a las normas de orden civil o mercantil. En nuestra opinión, todo control previo es peligroso independientemente de quién lo realice, porque aumenta los costos de los bienes en perjuicio de quien los requiere. Habría que utilizar este sistema de control para algunos especialísimos contratos, donde se puede planear la aprobación previamente. LA SEGUNDA sería la revisión de los contratos celebrados con base a condiciones generales, es decir, un control posterior. Los tribunales podrían revisar los contratos por adhesión o standard, cuando el adherente lo solicite y con el fin de equilibrar su posición frente a cláusulas abusivas. Este criterio de revisión se ha impuesto en países como los Estados Unidos e Israel. El primero, rompiendo un poco su sistema tradicional del COMMON LAW, publicó en 1952 el UNIFORM COMMERCIAL CODE, que ha sido aceptado por más de veinte Estados, codificación en materia mercantil que ha tenido que conciliarse con el sistema tradicional del poder de la jurisprudencia, reconociendo unas facultades amplias para los tribunales. Se les reconoce a los tribunales la facultad de revisión de los contratos en el párrafo 302 de la sección segunda, denominada "GENERAL OBLIGATION AND CONSTRUCTION OF CONTRACT". Dicha disposición señala que si el tribunal considera que un contrato o una cláusula contractual ha sido excesivamente onerosa al momento de celebrar el contrato, puede negar la ejecución del mismo, o ejecutar el resto del contrato o, en fin, limitar la cláusula inequitativa en la medida necesaria para impedir un resultado excesivamente perjudicial. La ley israelita número 5724 de 1964, también otorga a los tribunales el poder de revisión de contratos con cláusulas leoninas y dice en su artí-

culo 14 que cuando el juez del litigio inter partes llega al convencimiento de que una cláusula restrictiva, considerada formando parte del conjunto de todas las circunstancias del contrato, es perjudicial para los adherentes o reserva al predisponente una ventaja no equitativa que perjudica a los clientes, puede considerar nula la cláusula en su totalidad o en parte, así como ordenar la restitución al adherente de lo que éste haya entregado ya en cumplimiento de dicha cláusula.

En cuanto al CONTROL ADMINISTRATIVO, es bastante dicente la experiencia nórdica en materia de protección al consumidor, donde se ha venido institucionalizando el llamado OMBUDSMAN DE LOS CONSUMIDORES. El ombudsman interviene en una fase preliminar intentando dirimir los conflictos entre empresarios y consumidores; si no logra su cometido, puede someter, es el caso de países como Finlandia y Dinamarca, a la CÁMARA DE RECLAMACIONES DEL CONSUMIDOR, que es un verdadero centro de arbitraje, integrado por representantes de los empresarios y de los consumidores, la diferencia presentada.

5. Otro de los puntos concierne con el tema de la responsabilidad de los empresarios. Se trata de salirse de los clásicos lineamientos de la responsabilidad contractual o extracontractual por culpa o negligencia.

Por ejemplo, la jurisprudencia francesa y belga, siguiendo a Pothier, presumen en el VENDEDOR EMPRESARIO el conocimiento de los vicios de la cosa vendida. Con una disposición en tal sentido se dejaría sin eficacia la disposición tendiente a limitar la responsabilidad.

Las normas clásicas de responsabilidad por culpa aquiliana son insuficientes para proteger al consumidor en los casos de daños originados por los productos, ya sea en las cosas o en las personas, pues exigen la prueba de la relación de defectuosidad del producto y la prueba de la relación de causalidad entre éste y el daño. Con ello se invierte en la práctica la carga de la prueba de

la ausencia de culpa en perjuicio del consumidor. Pero, si no obstante se prueba lo anterior, puede el fabricante demostrar que obró con prudencia y diligencia debida o que hubo fuerza mayor, con lo cual está completamente desprotegido el consumidor. Por ello debe pensarse en la responsabilidad objetiva del fabricante por riesgo profesional. Esta tendencia ya está contemplada en el derecho norteamericano y la ha venido aceptando la jurisprudencia alemana e italiana. Una medida como ésta llevaría a los fabricantes a ser más cautelosos y diligentes en la producción y beneficiaría a la generalidad de los consumidores.

Los organismos supranacionales europeos (C.E.E y C. de E.) vienen desarrollando importante labor de propuesta para la unificación del derecho, a fin de introducir en las legislaciones nacionales de los estados miembros, el principio de la responsabilidad objetiva del fabricante para la reparación de los perjuicios ocasionados por productos defectuosos.

6. Las reclamaciones judiciales. Los tradicionales procesos judiciales son insuficientes para amparar a los consumidores, por las demoras, porque muchas causas son de poca cuantía y con la estructura actual valdría mucho más el proceso, etc. Por tanto, deben tomarse medidas en el orden procesal como las siguientes:

- Simplificación de los procesos judiciales. En la gran mayoría de los estados norteamericanos se establecieron las cortes para las pequeñas causas, donde se establecen procedimientos baratos y rápidos a fin de solucionar conflictos tan simples como reclamos por un vestido que se dañó en una lavandería.

En Suecia, desde 1974, se vienen ensayando procedimientos judiciales simplificados para el mismo efecto.

- Legitimación para actuar en juicio las asociaciones de los consumidores.
- La llamada CLASS ACTION para la defensa de los perjuicios comunes. Consiste en la protección de los perjudicados en co-

mún, a través de una acción que es ejercitada por un pequeño grupo y que tiene la ventaja de que surte efectos respecto a todos los perjudicados.

Reglamentar e implementar procedimientos de conciliación y arbitraje para que los consumidores puedan ejercitar sus derechos.

Muchas asociaciones de empresarios prevén códigos de conducta para dirimir los conflictos entre sus miembros y los consumidores utilizando este tipo de mecanismo. Por ejemplo, los establecidos en Gran Bretaña en la industria del motor por la MOTOR AGENTS ASSOCIATION y otras agremiaciones. En Irlanda por las agencias de viajes para las reclamaciones de turistas y en Alemania para los reclamos de los compradores de automóviles.

7. En materia de interpretación contractual, la imposibilidad práctica de indagar la intención común de las partes, ha sido compensada en el orden jurídico de países como Argentina, mediante una presencia más fuerte del juez en el contrato. Se establece además la prevalencia de las estipulaciones particulares, manuscritas o mecanógrafas, sobre las condiciones generales o preimpresas con las que sean incompatibles. Se establece además la interpretación de las cláusulas ambiguas u oscuras en favor del adherente, así como la inoponibilidad de las condiciones generales al consumidor en caso de defecto de legibilidad.

Los contratos celebrados por adhesión constituyen una categoría a se, que debe ser diferenciada de los demás contratos para efectos de su interpretación.

8. Se deben establecer ciertas limitaciones a la libertad contractual mediante la prohibición o disciplina de ciertos contratos, en los que más fácilmente se presenta la posibilidad de que los empresarios abusen.

Observemos algunas de esas modalidades contractuales que se facilitan para el abuso:

- Ventas con regalo. Señalado por la doctrina moderna como uno de los métodos susceptibles de entrañar abuso más ampliamente difundido en el comercio (POLO. Op. cit. Pág. 103). Consiste en el ofrecimiento de premios o regalos a los adquirentes de un determinado producto o mercancía. Desde el mero punto de vista contractual se presenta en la mayoría de los casos una presión psicológica sobre el consumidor, desvío de su atención y consentimiento hacia un elemento que no forma parte del objeto del contrato, encarecimiento del producto disimulado tras el ofrecimiento del regalo. Además de ello, se presenta acompañado el procedimiento de competencia desleal y engañosa. La mayoría de las legislaciones europeas se han inclinado por la prohibición general de las ventas con prima, con algunas excepciones con fundamento en la libertad de empresa.
- Ventas a domicilio. Presentan un problema relativo a la prestación del consentimiento por parte del consumidor y que es factible que ese consentimiento se forme viciosamente por la agresión que encierra el procedimiento, invasión en la esfera de la intimidad de la persona, falta de predisposición al contrato, sorpresa, escasez de capacidad de discernimiento ante el vendedor, deseo de liberarse de su presencia comprando, falta de tiempo para reflexionar, etc. (POLO. Op. cit. Pág. 104). Para proteger al consumidor se han establecido en los diferentes países europeos el llamado "derecho de arrepentimiento", durante un lapso de tiempo de unos siete días, unos dejando el contrato sujeto a condición, otros países dando la posibilidad de resolución unilateral. La primera ley sobre ventas a plazo fue la ley sueca de 1971, seguida por la ley francesa de visita y ventas a domicilio, posteriormente la ley mexicana de 1975 sobre protección al consumidor, para citar algunos casos.
- Los contratos de crédito. Para la protección del consumidor del crédito, bien se trate de mutuos corrientes, tarjetas de crédito, ventas a plazo, etc.

Sucede que el consumidor se ve constantemente seducido por vendedores y prestamistas en el mercado de consumo. Se le

presentan mecanismos de financiación para adquisición de bienes que le ofrecen la posibilidad de obtenerlos de inmediato sin tener que pagar al tiempo la prestación equivalente, la cual atenderá en forma fraccionada en el futuro. Es frecuente que no se le otorgue a ese consumidor todo el detalle del sobrecosto de financiación y las demás condiciones del crédito.

La ley francesa de enero de 1978 se ocupa de estas materias, en los siguientes puntos: Obliga a proporcionar al usuario una información lo más completa posible sobre los mecanismos del crédito, su duración y condiciones, derechos y obligaciones; obliga a hacer recapacitar al usuario sobre la seducción que frente a él ejerce la posibilidad de consumir, sin efectuar desembolso inicial o elevado, incluso, ningún desembolso. Además del derecho de arrepentimiento se establece un plazo de reflexión entre la oferta y aceptación inmodificable para obligarlo a la reflexión; finalmente otorga la mayor protección posible en cuanto al contenido del contrato.

La misma ley francesa, con la finalidad de proteger y de conservar el rigor cambiario y de proteger al consumidor, llegó a la solución drástica de prohibir la letra de cambio y los títulos valores similares en las ventas a crédito a los consumidores. Esto para mantener la obligación unida a su causa, de tal manera que el incumplimiento no quede impugne por la circulación del título valor.

- Otras formas de venta. No son las anteriores las únicas ventas que reclaman protección del legislador; podemos observar otras, como por ejemplo: las ventas con descuento, los saldos y liquidaciones, las ventas por correo, las ventas de productos enviados sin petición previa, todas han venido siendo objeto de reglamentación en los diferentes países.

LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

El panorama que ofrece el derecho privado colombiano para la protección del consumidor en el campo de la contratación ha cambiado

considerablemente a partir de la Constitución de 1.991., donde se sientan las bases para formular toda una nueva teoría que renueve la tradicional concepción del derecho de los contratos en aras de establecer un equilibrio adecuado de la relación negocial.

Observemos cuál es la situación de la legislación colombiana sobre el tema:

El Código Civil no conoce la existencia de la problemática alrededor de la protección del consumidor.

El Código de Comercio de 1971 introdujo algunos principios jurídicos nuevos a la teoría general del contrato, como la introducción del postulado jurídico de la buena fe en la etapa precontractual, que puede servirnos de fundamento para hallar soluciones esporádicas y momentáneas. El deber de buena fe que se impone a todos los participantes en la actividad precontractual, advertido en el texto del artículo 863, fundamenta especialmente el deber de informar adecuadamente al destinatario de la oferta de bienes y servicios, de las condiciones económicas y jurídicas que le puede implicar el cristalizar el negocio propuesto.

La Constitución de 1991 eleva al rango constitucional el deber de buena fe, tal como lo advierte el artículo 83 cuando dice: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". También desarrolla ese deber de información que emana del postulado de la buena fe, cuando advierte en el artículo 78 lo siguiente: "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Es evidente el punto de confluencia del derecho constitucional con el derecho privado de los contratos; al fin de todo muchos de los contratos no son otra cosa que instrumentos de esa comercialización, del suministro de bienes y servicios en que se fundamenta el tráfico económico de la economía. La norma constitucional está imponiendo el deber de buena fe, que implica para el proveedor de bienes y servi-

cios la información adecuada hacia el consumidor de los mismos, en la órbita de la etapa precontractual.

No se estableció una línea armónica y general para la contratación protegiendo al consumidor. En forma aislada, algunos contratos como el de transporte previeron la posibilidad de cláusulas abusivas y las reglamentaron, pero en todo lo demás son los principios que gobiernan la formación, interpretación, modos de anularse o rescindirse que establece la ley civil los que se aplican a la materia mercantil en virtud de la remisión expresa que establece el artículo 822. Veamos qué hay de innovador en el Código de Comercio.

El artículo 871 del C. de Comercio dice lo siguiente:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad”.

Agrega el Código de Comercio una palabra a la misma norma que trae el Código Civil en su artículo 1603 que es “celebrarse”. Indica entonces que el contrato, además de ejecutarse, debe celebrarse de buena fe.

Nos preguntamos entonces qué contenido debemos dar al postulado de que los contratos deben celebrarse de buena fe?

Para los contratos por adhesión, este mandato impone a quien formula el esquema negocial preimpreso o estandarizado precisamente que se abstenga de introducir cláusulas que rompan el equilibrio contractual y dentro de éstas encontramos las llamadas por la doctrina cláusulas abusivas.

Tenemos entonces que la función del deber de buena fe que a buena hora extiende el Código de Comercio al momento de la celebración del contrato, implica para la parte que detenta la fuerza económica frente al consumidor, una obligación clara de no hacer, de no abusar de su posición dominante, de no introducir cláusulas, claras, pero abusivas, que podrían desequilibrar la relación contractual.

La ley 73 de 1981, por la cual el estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor dio facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas enderezadas al control de la distribución o venta de bienes o servicios y establecer sanciones y procedimientos para imponerlas.

Con base en tales facultades se dictaron los decretos 3466 y 3467 de 1982. El primero establece garantías mínimas presuntas; establece el derecho de información, reglamenta la propaganda, establece responsabilidad presunta para los distribuidores y reglamenta las únicas causales posibles de exoneración de responsabilidad y las multas y sanciones en que incurrir los distribuidores que desatiendan las normas allí previstas. Establece el procedimiento verbal para los reclamos, etc. Es un avance importante en la materia, pero son más las confusiones que ha creado y sobre todo se ha quedado en letra muerta en su aplicación.

Le observamos los siguientes reparos:

- Indudablemente interviene en las ventas y distribuciones, pero esos no son los únicos tratos en que se puede presentar abuso y que precisan de intervención.
- No establece un cuerpo armónico en la contratación dejando cantidad de vacíos y al parecer con una amplitud conceptual inmensa sobre quién es consumidor, que parece desbordar el objeto propio de protección.

La protección no debe hacerse sobre el concepto de consumidor sino más bien, con relación a los contratos que deben ser objeto de la protección.

Está comprobado en la práctica que el proceso verbal no es el idóneo para responder con la agilidad y rapidez que deben ventilarse este tipo de cuestiones para que sean efectivas.

La dificultad económica del consumidor para procurarse un abogado que lo atienda y la inutilidad del proceso cuando la cuantía no justifica su instauración, hace nugatoria la protección dada al consumidor.

El segundo decreto es relativo a las ligas y asociaciones de consumidores, les da posibilidad de vida como personas jurídicas. También se queda corto en sus efectivas funciones y derechos. (Concuerda Decreto 1441 de 1982).

El decreto 3468 de 1982, crea un organismo gubernamental denominado CONSEJO NACIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales de protección al consumidor.

Con relación a LA ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL, una revisión de los fallos de la Corte Suprema de Justicia desde 1936 señalan que no se puede observar una tendencia evolutiva en esta materia. La controversia antigua y actual, se dedica al problema de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, una discusión inútil y ya superada, rezago del romanismo que impera en nuestros juristas, que se preocupan más por averiguar la naturaleza de un contrato, lo que es o no es, sin preocuparse de la función económica y social que cumple. En estas jurisprudencias predomina el respeto por el dogma de la autonomía de la voluntad y la reverencia ante la majestad del contrato.

En septiembre de 1947, la H. Corte Suprema de Justicia, analizando la naturaleza de los contratos celebrados por los Ferrocarriles Nacionales sobre transporte, los califica como contratos de adhesión e incluso glosa su carácter de verdaderos contratos y se inclina por pensar que se trata de actos unilaterales. Dice lo siguiente:

“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 casi pasivo”.”.

“A este respecto dice Pillet: “La condición particular de estos contratos viene llamando desde hace mucho tiempo la atención a los jurisconsultos, y con razón se ha dicho que debería preocuparse el derecho de manera especial de esta nueva forma de contratos muy distinta de la forma tradicional, pero en nuestras sociedades modernas aventaja ya a esta última por su importancia económica. Lo que caracteriza a estos contratos es la disminución de la libertad dejada a las partes. Las ofertas son hechas de manera más o menos detalladas, más y más precisas, y desde luego los interesados se hallan en la alternativa de aceptar la oferta tal cual es hecha o de renunciar a la negociación”. En otra parte agrega: “No hay autonomía de la voluntad cuando las partes están ligadas a condiciones que no dependen de ellas, ni suprimir ni modificar. En realidad, estas transacciones no son contratos sino relaciones desiguales, y en las cuales la ley de la parte preponderante, que es el autor de la oferta reglamentaria, debe, indudablemente prevalecer, aunque no fuera ella sino para asegurar la uniformidad de los servicios prestados por esta parte. Diríamos que aquí no se podría asimilar este caso a un cuasicontrato, porque es necesario que algún día se tome la resolución de no llamarlos contratos. No hay contrato allí donde se hace caso omiso de verdadero concurso de voluntades”.”

“Si se para la atención en los artículos 1494 y 1495 del C. C., se observa que la noción de contrato allí descrita, sólo forzosamente es aplicable a los contratos de adhesión”. (GERMÁN OROZCO OCHOA. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. TOMO XI. ED-GRANAMÉRICA. MEDELLÍN. 1949. PÁG. 244. G. J. N. 2053. PÁG. 274.).

En aquella ocasión, la H. Corte conceptualiza muy bien el problema pero no da luz alguna para equilibrar el convenio. Observa las dificultades que plantean las normas sobre interpretación para servir de apoyo a una interpretación en favor del adherente, opinión que se convertirá en criterio definitivo en posteriores jurisprudencias.

La Corte Suprema, en sentencia de diciembre de 1970 (Ponente DR. GUILLERMO OSPINA F. Señaló: “La buena fe y diligencia son piedras angulares de todo ordenamiento jurídico. Tanto las cláusulas como el Código de Comercio le dan importancia a la exactitud de las

declaraciones del asegurado, base del contrato de seguro. El uso generalizado de los contratos por adhesión no autoriza a los jueces para negar su valor u obligatoriedad a las cláusulas de dichos contratos que están conformes con las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A pesar de las teorías reglamentarias, la ley no exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión. Aun la parte que adhiere, contribuye a la celebración del contrato puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. Si la adhesión basta para formar el contrato todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente, así sean abusivas, porque es al legislador, y no al juez, al que le corresponde evitar la inserción de cláusulas leoninas. Por consiguiente, en estos contratos opera en toda su amplitud el postulado de la autonomía de la voluntad privada y, por lo tanto, las partes pueden insertar en el contrato todas las estipulaciones que estimen convenientes con las limitaciones conocidas (Ley imperativa, etc)".

Como puede observarse, la posición de la Corte colombiana mantiene el imperio de la autonomía de la voluntad y para interpretar los contratos standard se mantiene en los postulados de la vieja escuela.

Posteriormente, en sentencia de agosto 29 de 1980, con ponencia del Magistrado DR. HUMBERTO MURCIA BALLÉN, la H. Corte Suprema de Justicia mantiene su criterio para la interpretación de los contratos por adhesión, bajo los moldes clásicos de interpretación que trae el Código Civil. Observemos su razonamiento con ocasión de la interpretación de un contrato de seguro:

"Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico".

"En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618

del C. Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes”.

“Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpelación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, **incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes**”.

“Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o aplicaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar”.

“Se ha dicho con estricto rigor que el contrato por adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquél una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptar o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas”.

“Y es verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en

formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido con antelación. Pero que de ello sea así no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento”.

“Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Mas, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan intangibles para el juez. **Pueden aparecer para éste exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios”.**

Mientras el anterior criterio de la H. Corte Suprema se mantenga, tendremos que afirmar que nuestra jurisprudencia no da solución ninguna a los problemas que presenta la contratación estándar, principalmente el desequilibrio contractual entre las partes. Su posición no difiere en nada de la labor judicial interpretativa que se desarrollaba en épocas del liberalismo puro.

Esta posición de la jurisprudencia no puede mantenerse con lineamientos tan claros como los introducidos por el Código de Comercio y por la Constitución.

A partir de la Constitución de 1991, tenemos claros preceptos constitucionales que le servirían de fundamento supralegal para tomar un papel más decisivo en el contrato. Corresponde a las tres ramas del poder público la constitucionalización del derecho privado. Así, deberá la rama ejecutiva promover las iniciativas de reforma legal ten-

dientes a desarrollar los derechos consagrados en la Constitución. El Congreso por su lado deberá adelantar las reformas del caso, y los jueces, desde el mismo momento de la vigencia de la Constitución, deben atender en la tarea interpretativa y en la aplicación de la ley a los lineamientos y directrices constitucionales.

El artículo 13 consagra el principio de la igualdad, que sin duda ofrece importantes desarrollos para las instituciones de derecho privado. Dice así la citada norma:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adaptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Concentrando nuestra atención en el párrafo último de esta norma encontramos la imposición al Estado de proteger especialmente a las personas que por su condición económica, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. La debilidad manifiesta de las relaciones contractuales se presenta precisamente en los contratos por adhesión, donde una de las partes llega al contrato y lo encuentra preconcebido y estandarizado y no tiene la oportunidad de discutir sus disposiciones. La protección a cargo del Estado debe presentarse en todas las ramas del poder público y concretamente en la rama jurisdiccional, esa protección deberá consistir en reevaluar el criterio interpretativo sobre el contenido del contrato legado por la escuela liberal, para abrirle un horizonte más justo, que permita al juez una presencia más efectiva frente a las cláusulas de ese contrato, no confu-

sas, por el contrario, claras, pero claramente abusivas para los intereses negociales del adherente.

El artículo 58 que consagra el principio fundamental de la propiedad-función social, impide, sin grave detrimento a esta ciencia del derecho, asegurar un mayor aprovechamiento o enriquecimiento económico a costa de la inferioridad contractual en que se ve la parte que adhiere casi en posición de sumisión a las condiciones preestablecidas por la parte económicamente fuerte de la relación contractual. Por otra parte, en la protección de esa parte adherente en el contrato está en juego el interés social, que nuestro legislador ya ha reconocido en las leyes y decretos que buscan la protección del consumidor, que a pesar de sus deficiencias, dejan en claro la expresa intención del legislador, en el sentido de reconocer un interés general orientado hacia la protección del conjunto social al que se denomina "consumidores", intención que resulta contrariada, desconocida y vulnerada, mientras exista la posibilidad de prevalerse del acuerdo contractual, asegurando para la parte económicamente fuerte, una posición de superioridad, en ejercicio abusivo de la libertad contractual.

En este orden de ideas, el interés público o social impone la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, sancionando con ineficacia a aquellas cláusulas del contrato llamadas por la doctrina "abusivas", en clara aplicación del principio constitucional en virtud del cual el interés privado debe ceder ante aquél.

No puede haber duda hoy día, en relación a que la propiedad y, en general todos los derechos patrimoniales, y la actividad económica lícita de todas las personas, están garantizados dentro de los límites del bien común. El artículo 32 del estatuto fundamental, complemento indispensable del art. 30 comentado, en forma terminante consagra que: "Se garantiza la libertad de empresa y la 'iniciativa privada' dentro de los límites del bien común". La "iniciativa privada" no es más que la expresión que nuestro constituyente, con no muy buena táctica, escogió para consagrar la garantía de lo que más técnicamente se viene llamando autonomía privada, como fuente de derechos y obligaciones en un contexto de libertad económica. Véase cómo dicha autonomía se garanti-

za dentro de los límites del bien común. Ahora bien, se diría que esos límites sólo pueden ser establecidos de manera general por el legislador a quien corresponde determinar en sentido objetivo el contenido en un momento histórico concreto de ese bien común. Sin embargo, al lado de la clara competencia del legislador en este campo, la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces, quienes, interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada, que se traduzca en inferioridad para la parte débil de la relación contractual, la cual representa en su interés el bien común cobijado con la garantía constitucional.

La contratación en masa, bajo la impronta de la estandarización que dicho fenómeno requiere, hace imposible que se tenga el contrato como una relación económica aislada, precisamente por cuanto la masificación implica la potencialidad dañosa, no para un individuo aislado, sino para una gran parte de la sociedad, configurando así, no la contraposición de dos intereses meramente privados sino el conflicto con un interés generalizado y por tanto social, cuyo aseguramiento constituye claro límite a la autonomía privada, por el bien común involucrado. La intervención normativa del Estado para la protección del consumidor, deja en evidencia al juez, que la protección al consumidor, parte adherente en este tipo de contratos, constituye un límite objetivo al ejercicio de la autonomía privada y lo habilitan suficientemente para invalidar aquellas condiciones contractuales abusivas a las que nos hemos venido refiriendo.

Se olvida a veces que la norma constitucional prima ante la ley, así se trate del Código Civil. Sin necesidad de reformas puede el juez en Colombia equilibrar el contrato, tiene los fundamentos constitucionales para ello, pero no lo hace; de allí la necesidad y conveniencia de introducir reformas que expresamente le adviertan la necesidad de jugar un papel más fuerte en el contrato de adhesión.

En un importante salvamento de voto manifestado en la sentencia 070, de febrero 25 de 1993, por los magistrados JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, CIRO ANGARITA BARÓN Y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, (PUBLICADA EN JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, LEGIS. BOGOTÁ 1993,

PÁGS. 594-595), encontramos un apoyo fundamental a nuestra posición. Observemos qué dice el salvamento:

“Leyes generales de los contratos que se han expedido en diversos países han tenido siempre buen cuidado en consagrar correctivos eficaces en beneficio de la parte más débil de la relación contractual.”

“La doctrina observa, por su parte, que, como instrumento fundamental para la satisfacción de diversas necesidades de la persona, el contrato no puede ignorar los intereses sociales para convertirse en el reino del egoísmo y del puro interés individual”.

“En el nivel concreto de la actividad judicial esto implica que, como lo ha señalado recientemente un serio y estudioso tratadista de la materia:

“(…) la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces quienes, interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta, para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada que se traduzca en inferioridad de la parte débil de la relación contractual, la cual representa en su interés, el bien común cobijado con la garantía constitucional”. (Arrubla Paucar, Jaime Alberto; *Contratos Mercantiles*, Tomo II, 2a edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1992, Págs. 105-106).”

El Congreso, atendiendo su obligación constitucional de proteger a las personas que por su condición económica se convierten en la parte débil del contrato por adhesión, formuló la ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios y allí se consagra todo un capítulo sobre el abuso de la posición dominante en los contratos que celebran estas empresas. Se convierte esta legislación en la pionera en Colombia en atender la clasificación de contratos por adhesión y contratos de libre discusión.

Llega además la ley 142 a un criterio para comprender lo que es la cláusula abusiva, siguiendo el criterio adoptado por la ley inglesa, que en lugar de conceptualizar procedió a ejemplificar una serie de casos de lo que debe entenderse por cláusula abusiva.

El artículo 133 de la ley 142 de 1994, establece una presunción de abuso de la posición dominante, en los contratos con los usuarios de los servicios públicos, cuando se incluya una o varias de las 26 cláusulas que trae la norma a título de ejemplo.

Sin duda, el avance legislativo de la ley 142 en la materia de los contratos por adhesión, llena un vacío sobre la materia que podrá servir a otras ramas del derecho que no regulan exactamente el punto, gracias a la función integradora del artículo 8 de la ley 153 de 1887.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- 1a. Los contratos de adhesión a condiciones generales son el género en nuestra sociedad y los contratos preestipulados son la excepción. Sin embargo, nuestro sistema contractual se ocupa de los segundos y no de los primeros.
- 2a. Todos los Estados del mundo han iniciado una marcada evolución hacia la protección del consumidor. La jurisprudencia se lanza a la interpretación más acorde al tiempo actual, adaptando las reglas tradicionales del derecho para proteger a la parte débil. La rama ejecutiva crea organismos y mecanismos para hacer efectiva la protección. El legislador dicta leyes para hacer efectiva la protección en todos los niveles. La doctrina se despidió de las discusiones contractualistas o reglamentarias y de las naturalezas jurídicas, para buscar verdaderas soluciones en el derecho de los contratos, propugnando su reforma y adecuación.

La nueva Constitución en Colombia marca un importante avance en la materia, sienta unos principios fundamentales que desde ahora pueden utilizarse para equilibrar este tipo de relaciones negociales y a partir de la ley 142 de 1994 se inicia un proceso legislativo que se pone a la vanguardia de los avances en el derecho negocial y sirve en una función integradora del orden jurídico para ser aplicado en otras ramas como la civil y la comercial.

Es bien cierto que el Código Napoleón es una gran obra, él mismo lo advirtió al final de su vida en el confinamiento de Santa

Helena: “Mi verdadera gloria es no la de haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará de la memoria todas las victorias. Lo que nada podrá destruir, lo que vivirá para siempre es mi CODE CIVIL...”. Y así lleva casi doscientos años, pero la conclusión de este trabajo tiene que ser necesariamente la de profanarlo al menos parcialmente, para que el derecho cumpla su función en la vida moderna.